This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 204 491

1.00

Bd. Mar. 1932

HARVARD LAW LIBRARY

Received Dec. 28. 1928

GERMANY

Zur Technik

des

Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Von

Oberlandesgerichtsrat **Romeick** in Stuttgart.

Heft III.

Rechtsnachfolge.

Stuttgart
Verlag von Max Kielmann
1904.

Weitere Hefte in zwangloser Folge.

Unter dem Sammeltitel

„Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs"

sind vom Verfasser bisher erschienen:

A. in den **Jahrbüchern der Württembergischen Rechtspflege** Bd. 12 die Aufsätze:

„Dinglicher Vertrag" Seite 89—121,

„Vollmacht" Seite 121—149;

B. in selbständigen Heften im Verlage von **Max Kielmann, Stuttgart**:

Heft I:

„Fristbestimmung."

Heft II:

„Die abgeleitete Schuld."

Bisherige Urteile:

zu Heft I:

Landgerichtspräsident Dr. Dorner in **Karlsruhe** in **„Badische Rechtspraxis"**:

„Die Arbeit bietet eine eingehende Erörterung der an die Fristbestimmung sich knüpfenden Fragen, die zu den auf diesem Gebiete hervorragenden Meinungsverschiedenheiten allenthalben selbständig Stellung nimmt und von reicher praktischer Erfahrung wie von treffendem Urteil Zeugnis ablegt.... Die Schrift darf der Aufmerksamkeit der Praktiker besonders empfohlen werden.

Landgerichtspräsident Dr. von Lang im **„Schwarzwälder Boten"**:

„Es ist dies eine für Theorie und Praxis sehr wertvolle Bereicherung unserer juristischen Literatur, und ist nur sehr zu wünschen, daß die in Aussicht gestellten Fortsetzungen bald erscheinen mögen." —

Fortsetzung auf Seite 3 des Umschlags.

Zur Technik

des

Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Von

Oberlandesgerichtsrat Romeick in Stuttgart.

Heft III:

Rechtsnachfolge.

Stuttgart
Verlag von Max Kielmann
1904.

For Tx
157635

Dec. 28. 1928

Druck von Carl Rembold in Heilbronn a. N.

Vorwort.

Der Fortgang der Studie über die abgeleitete Schuld („Zur Technik des B.G.B. Heft II") nötigt, zu der Frage nach Begriff und Begrenzung der „Rechtsnachfolge" Stellung zu nehmen; dies soll in den folgenden Blättern versucht werden, — übrigens vorerst ohne näheres Eingehen auf die zivilprozessualen Folgerungen.

Inhalt.

Rechtsnachfolge.

Seite

I. **Die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten** 7

§. 1. Die Theorie Hellwigs 7

§. 2. Die Verfügung des Nichtberechtigten — eine nackte Tatsache 10

§. 3. Bedeutung des Wortes „Herleiten" 28

§. 4. C.P.O. §. 445 31

§. 5. Gutgläubiger Erwerb — originärer Erwerb . 35

§. 6. Die Kaufpreisforderung des verfügenden Nichtberechtigten 39

§. 7. Konkursordnung §. 46 58

§. 8. Analoge Anwendung 66

II. **Begriff der Rechtsnachfolge. Okkupation** 74

III. **Schuldübernahme** 84

IV. **Restitutive Succession** 96

V. **Rechtsnachfolge des Indossatars** 103

VI. **Zu §. 325 C.P.O.** 118

Abkürzungen.

A. f. c. Pr.	= Archiv für die civiliſtiſche Praxis.
Bekker	= Bekker, Syſtem des heutigen Pandektenrechts.
Brinz	= Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Auflage.
Buſch Z.	= Zeitſchrift für deutſchen Civilprozeß.
Dernburg	= Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutſchen Reichs und Preußens.
I E.	= I Entwurf B.G.B.
Hellwig ohne Beiſatz	= Hellwig, Weſen und ſubjektive Begrenzung der Rechtskraft.
Hellwig A. K.	= Hellwig, Anſpruch und Klagrecht.
Hellwig L.	= Hellwig, Lehrbuch d. deutſchen Civilprozeßrechts.
Hellwig V.	= Hellwig, Die Verträge auf Leiſtung an Dritte.
Jahrb.	= Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römiſchen und deutſchen Privatrechts.
J. Woch.	= Juriſtiſche Wochenſchrift.
Kipp oder Windſcheid od. Windſcheid-Kipp, je ohne Beiſatz	= Windſcheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Auflage von Kipp.
K. Prot.	= Protokolle der Kommiſſion für die 2. Leſung des E.B.G.B., bearbeitet v. Achilles-Gebhard-Spahn.
Mot.	= Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B.
R.G.	= Entſcheidungen des Reichsgerichts in Civilſachen.
R.G.St.S.	= Entſcheidungen des Reichsgerichts in Strafſachen.
R.O.H.G.	= Entſcheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
R.O.L.G.	= Die Rechtſprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts. Herausgegeben von Mugdan-Falkmann.
Regelsberger	= Regelsberger, Pandekten.
Seuff. A.	= J. A. Seufferts Archiv für Entſcheidungen der oberſten Gerichte in den deutſchen Staaten.
§§.	= §§. B.G.B.

I.

Die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten.

§. 1.

Die Theorie Hellwigs.

Wer den §. 192 des I. E. B.G.B., die §§. 265, 325 C.P.O. und die wenigen von Rechtsnachfolge, Rechtsnachfolger, Rechtsvorgänger redenden §§. des B.G.B. und des H.G.B. durchliest, steht staunend vor dem weiträumigen, sorgsam gefügten Bau, welchen Hellwig der „Rechtsnachfolge" zur Wohnstätte errichtet hat.

Alsbald jedoch mischen sich Zweifel ein, ob nicht mehrfache Gedankenreihen gewaltsam einem bereits vorweg gesetzten Ziele zu umgebogen, — ob nicht die Schwergewichte mancher Rechtssätze und Rechtsinstitute verschoben, — ob nicht die Grenzen des Gebiets der Rechtsnachfolge in fremde Strecken und in verschwimmende Weiten hinausgeführt sind.

Zuvörderst prägt Hellwig das ehedem im politischen Kampf tönende Schlagwort von „Macht und Recht" in die Form der Gegensätze „Verfügungsmacht — Verfügungsrecht", „Prozeßführungsmacht — Prozeßführungsrecht"

aus und schlingt um diese Gegensätze wie um einen roten Faden ein Geflecht von Einzelauslegungen und Prinzipfunden, welches den Stoff mit bewundernswerter Konsequenz bis in kleinste Details meistert, aber ihn meistert, — indem es die aus dem Stoff zu anderer Gestaltung drängenden Schößlinge erstickt und erdrückt. —

Erweist sich der Gegensatz von „Verfügungsmacht — Verfügungsrecht" als ein Irrtum oder bleibt er auch nur beweislos, so entbehrt Hellwigs Filigranarbeit des haltenden Fadens, — und dieser Gegensatz dürfte in der Tat ein Irrtum sein. —

„Trotz der unumstößlichen Wahrheit des Satzes nemo plus juris transferre potest quam ipse habet in dem Sinne, daß der Verfügende nur dasjenige Recht, welches er in seinem Vermögen hat, aus diesem einem Dritten zu geben vermag, ist es sehr wohl möglich, — lehrt im Anschluß an Gierke D.Pr. §. 32 Note 2 Hellwig S. 103, — daß durch die Verfügung des Nichtberechtigten das Recht eines Dritten übertragen wird: der Nichtberechtigte schafft das Übertragungsgeschäft, dagegen ist es der bei dem Rechtsgeschäfte nicht beteiligte Berechtigte, von welchem das Recht auf den Erwerber übergeht, und der deshalb insofern der Rechtsvorgänger ist; der Erwerber (S. 198) hat zwar nicht das Recht des Veräußerers, aber doch durch seine Verfügung erworben und ist demgemäß insoweit sein Rechtsnachfolger geworden; — der Erwerber (S. 104) erhält das Recht durch den verfügenden Nichtberechtigten, aber er erhält es aus dem Vermögen des Berechtigten; das Singuläre liegt nur darin, daß der Verfügende aus besonderen Gründen eine derartige Verfügungsmacht hat, daß „von dem Nichtberechtigten — d. h. aus seiner Verfügung Rechte hergeleitet" werden

können: mit diesen Worten charakterisiert das B.G.B. mehrfach (§§. 135 Abs. 2, 892 Abs. 1 Satz 2, 161 Abs. 3, 2113 Abs. 3, 2211 Abs. 2; ebenso H.G.B. §. 366 Abs. 1) die besonderen in Frage stehenden Fälle und gibt damit in aller wünschenswerten Deutlichkeit seine durchaus zutreffende Auffassung zu erkennen; — die Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten (S. 483) bedeuten doch nichts anderes als daß der Nichtberechtigte unter gewissen Voraussetzungen (Glaube an das dem Besitz entsprechende Eigentum, an die Richtigkeit des Grundbuchs, an den Bestand der Ehe, an die Richtigkeit eines Erbscheins u. s. w.) mit Wirkung gegen den Berechtigten *über dessen Recht* verfügen kann, — daß unter jenen Voraussetzungen der Nichtberechtigte als der Berechtigte fingiert wird."

Der gutgläubige Erwerber soll also *zwei Rechtsvorgänger* haben, qua Übertragungsgeschäft den Nichtberechtigten, qua übergehendes Recht den Berechtigten, und diese *Doppel-Rechtsnachfolge* soll sich daraus erklären, daß der Nichtberechtigte (unter jenen Voraussetzungen) als der Berechtigte *fingiert* wird.

Verfügungsmacht ist nicht Verfügungsbefugnis (zutreffend S. 96 Anm. 2; vgl. *Hölder*, Kommentar zum Allgemeinen Teil des B.G.B. §. 137 Anm. 1), sondern die für den Verfügenden bestehende *rechtliche Möglichkeit* der Verfügung, — die *vom Recht anerkannte Fähigkeit* zu einer bestimmten Verfügung; *Verfügungsmacht* in diesem Sinne — *nicht* ein eben gerade fehlendes *Verfügungsrecht* — soll der Nichtberechtigte über ein ihm nicht zustehendes Recht haben: „der verfügende Nichtberechtigte ist es, — heißt es bei *Hellwig* S. 102, — der dem Erwerber das — dem Verfügenden nicht zustehende — Recht verschafft; war er der Ver-

käufer, so hat er damit seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrag (B.G.B. §. 433 Abs. 1) erfüllt und ist demnach berechtigt, den Kaufpreis zu verlangen; der Käufer kann dies nicht etwa deshalb ablehnen, weil er „das Recht des Dritten anderweit — durch eigenes Tun — erworben habe, B.G.B. §. 440 Abs. 3". —

§. 2.

Die Verfügung des Nichtberechtigten — eine nackte Tatsache.

Der treulose Veräußerer eines ihm vermieteten Rosses darf also so keck sein, die von ihm durch den Verkauf begangene Unterschlagung in der gegen den gutgläubigen Käufer auf Bezahlung des Kaufpreises erhobenen Klage offen zu bekennen: trotz dessen erzielt er glatt ein Versäumnisurteil gegen den ausbleibenden Beklagten, und eine aus der Unterschlagung hergeleitete Einwendung des Beklagten wird als unerheblich verworfen, — denn der Kläger hat „seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrage erfüllt" und dem Beklagten das Eigentum des Rosses verschafft! —

Sollte wirklich das bürgerliche Recht einen derartigen Triumph der Perfidie gestatten oder gar wollen?

Noch nicht lange ist es her, daß strafrichterlich die Ansicht vertreten wurde, es sei auch der Erlös aus einer mittels strafbarer Handlung erlangten Sache mit dem Vitium des „Erlangtseins mittels einer strafbaren Handlung" behaftet, und es sei der diesen Erlös ganz oder teilweise mit Kenntnis der Sachlage an sich bringende Dritte als Hehler zu bestrafen (vgl. die gegen diese Auffassung ergangenen Entscheidungen des R.G.St.S. Bd. 2 S. 443; 8 S. 433; 23 S. 53; 26 S. 317), und es kann ferner der gutgläubige Erwerber einer eben mittels des Verkaufs

an ihn unterschlagenen Sache sehr wohl eine Anklage wegen Begünstigung (St.G.B. §. 257 „um dem Täter die Vorteile des Vergehens zu sichern") gewärtigen, wenn er bei nachträglich — nach Kaufsabschluß und nach Übergabe — erlangter Kenntnis dieser Sachlage dem treulosen Verkäufer den gestundeten Kaufpreis hinterher auszahlt, — sogar dann, wenn er hiedurch in erster Linie beabsichtigt, sich selbst der fatalen Affaire los und ledig zu machen (R.G.St.S. Bd. 32 S. 24). —

Und freilich kann der treulose Veräußerer durch diese Veräußerung einen Betrug zum Nachteile des gutgläubigen Erwerbers nicht begehen, da der gutgläubige Erwerber eben das Eigentum erwirbt, vgl. Reichsgerichtsentscheidungen vom 25. Februar 1902 und vom 25. September 1902 im „Recht" 1902 S. 216 Nr. 1083 und S. 537 Nr. 2533, J. Woch. 1903 S. 84; wohl aber kommt in Frage, ob nicht ein Betrug zum Nachteil des bisherigen Eigentümers, begangen durch Täuschung des gutgläubigen Erwerbers, vorliegt, insofern der bisherige Eigentümer sein Eigentum eben erst durch den Verkauf an einen gutgläubigen Erwerber verliert: würde z. B. der treulose Veräußerer die Unterschlagung schon vorher durch anderweite schlüssige Zueignungsakte vollendet haben, so wäre trotz der Identität der Sache die Möglichkeit eines solchen weiteren selbständigen Betrugs gegeben (vgl. Reichsgericht 17. November 1902 in J. Woch. 1903 S. 86 „nur schwer vereinbar", also möglicherweise doch vereinbar).

Ohne Frage handelt der treulose Veräußerer strafgesetzwidrig, — auch dann, wenn die Unterschlagung schon vorher vollendet war und ein Betrug etwa wegen Mangels positiver Vorspiegelungshandlungen (Reichsgericht 16. Sep-

tember 1903 in J. Woch. 1903 S. 83) zu verneinen ist: diesfalls trifft den treulosen Veräußerer wegen dieser Veräußerung eine besondere Strafe nur deshalb nicht mehr, weil die nur zur Durchführung und Ausnützung der schon begangenen Straftat vorgenommene Handlung, wenn sie einer besonderen strafrechtlichen Qualifikation entbehrt, durch die strafrechtliche Abrügung der Straftat bereits mitgedeckt ist (vgl. Reichsgericht 22. September 1902 im „Recht" 1902 S. 513, 23. Oktober 1902 in J. Woch. 1903 S. 83). —

Das Verbotsgesetz „Du sollst nicht unterschlagen" ist ein im öffentlichen Interesse gegebenes, gegen jeden wirkendes und jedermann bekanntes Verbotsgesetz im Sinne des §. 134 B.G.B.

Allerdings ist der Kaufvertrag, welchen der treulose Veräußerer des von ihm — früher oder gerade jetzt und hiedurch — unterschlagenen Rosses mit dem gutgläubigen Erwerber schließt, nicht nichtig; denn, wie der als überflüssig gestrichene §. 348 des I. E. bestimmte: „ein Vertrag ist deshalb nicht ungültig, weil die Leistung auf Sachen oder Rechte eines Dritten sich bezieht": der Versprechende haftet für den Erfolg seines Versprechens, — sein subjektives Unvermögen, sein Versprechen zu erfüllen, befreit ihn nicht, vgl. Rehbein, Kommentar zu §. 309 B.G.B. S. 156 Anm. 8. —

Dagegen ist die Verfügung, die der treulose Veräußerer über das in seiner Hand stehende Roß trifft, indem er sich mit dem gutgläubigen Erwerber dahin einigt, daß das Eigentum des Rosses von ihm, dem Veräußerer, auf den Erwerber übergehen solle, und indem er das Roß sofort dem Erwerber zu Eigentum übergibt, — nichtig, weil strafgesetzlich verboten.

Dies bedarf heute weiterer Ausführung.

Die Entscheidung des O.L.G. Breslau vom 7. Mai 1902 in R.O.L.G. Bd. 5 S. 102 besagt, §. 134 B.G.B. setze voraus, daß das gesetzliche Verbot gegen gewisse Rechtsgeschäfte als solche gerichtet ist, und fährt wörtlich fort: „daß ein Rechtsgeschäft schon dann nichtig wäre, wenn nach den Umständen des Falles seine Vornahme oder Erfüllung für einen Kontrahenten den Tatbestand einer strafbaren Handlung — z. B. der Unterschlagung, des Betrugs, der Untreue, des Vergehens gegen §. 288 St.G.B. — darstellt, bestimmt §. 134 keineswegs (vgl. R.G. Bd. 6 S. 170, 18 S. 221)"; einen ähnlichen Sinn hat die Entscheidung des O.L.G. Dresden vom 14. Juli 1902 im „Recht" 1903 S. 236; — und beide Entscheidungen schließen sich offensichtlich an das Urteil des Reichsgerichts vom 11. Oktober 1881 in Seuff. A. Band 37 Nr. 92: „Voraussetzung ist, daß die Gesetzgebung ein Rechtsgeschäft in irgend einer Form verboten hat; §. 288 St.G.B. kennzeichnet keineswegs ein Rechtsgeschäft durch seine Strafandrohung als ein verbotenes; die in §. 288 St.G.B. mit Strafe bedrohten Handlungen können allerdings auch durch Vollziehung eines an sich erlaubten Rechtsgeschäftes begangen werden. In letzterem Fall ist es nicht das Rechtsgeschäft, sondern es sind die Umstände, unter denen, und die Absicht, in der es abgeschlossen wird, gegen die sich die Strafandrohung richtet, und eine allgemeine Rechtsregel, der zufolge jedes Rechtsgeschäfts stets für nichtig erklärt werden müßte, wenn es unter Umständen und in einer Absicht abgeschlossen worden, welche den so Handelnden straffällig machen, kennt das gemeine Recht nicht"; übereinstimmend R.G. Bd. 44 S. 292 und Düringer-Hachenburg H.G.B. Bd. 2 S. 32: „Wesentlich ist, daß

es das Rechtsgeschäft sein muß, gegen das sich die Strafdrohung richtet, nicht die dasselbe begleitenden Umstände."

Diese Auffassung entspricht wie dem gemeinen Recht (l 5 C 1, 14: „lege contrahere prohibente") so dem I. E. B.G.B. §. 105, sie ist aber (das Ergebnis zu §. 288 St.G.B. dahingestellt) gegenüber dem Wortlaut des §. 134 B.G.B. nicht mehr haltbar.

§. 105 I. E. B.G.B. lautet: „Ein Rechtsgeschäft, dessen Vornahme durch Gesetz verboten ist, ist nichtig, sofern nicht aus dem Gesetze ein anderes sich ergibt", (vgl. Mot. Bd. 1 S. 210, „wenn ein Gesetz die Vornahme eines Rechtsgeschäfts verbietet bezw. mit Strafe belegt"); — die II. Kommission setzte aber den jetzigen Wortlaut („Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt") an die Stelle mit der Begründung: „Es sei erforderlich, zum Ausdruck zu bringen, daß auch solche Rechtsgeschäfte von der Folge der Nichtigkeit betroffen würden, bei welchen sich das Verbot dem Wortlaute nach nicht gegen die Vornahme, sondern gegen den Inhalt des Rechtsgeschäfts richte. Hinsichtlich der Tragweite des angenommenen Antrags war man einverstanden, daß sich derselbe auch auf Rechtsgeschäfte erstreckte, welche auf eine durch Gesetz verbotene Leistung gerichtet sind, und daß dies bei der Beratung der §§. 344, 347, 1853 (vgl. §§. 309, 2171 B.G.B.) zu berücksichtigen sein werde", K.Prot. Bd. 1 S. 123; —

gleichzeitig wurde die Fassung des §. 106 I. E. B.G.B. („Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten . . . verstößt, ist nichtig") entsprechend geändert (§. 138 B.G.B. „das gegen die guten Sitten verstößt"), denn „es sei im einzelnen Falle unerläßlich, die verwerfliche Gesinnung der Beteiligten nicht außer acht zu lassen,

weil erst durch die Hinzunahme dieses subjektiven Moments der Inhalt des Rechtsgeschäfts in das rechte Licht gesetzt werde; der zu §. 105 gefaßte Beschluß spreche gleichfalls dagegen, im §. 106 den Inhalt des Rechtsgeschäfts besonders zu erwähnen, da die Verschiedenheit der Fassung Zweifel über die Tragweite des Gesetzes hervorrufen könnte", K.Prot. Bd. 1 S. 123/124).

Wie §. 138 B.G.B. zu verstehen ist, darüber hat sich das R.G. im Urteil vom 21. Januar 1903 (J. Woch. 1903 Beilage S. 4) ausgesprochen: „durch die vom I. E. abweichende Fassung sollte ein Rechtsnorm aufgestellt werden, die dem Richter ermöglicht, solchen Rechtsgeschäften die Anerkennung und den Rechtszwang zu versagen, die nach ihrem aus dem Zusammenhang von Inhalt, Motiv und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter, den objektiven und subjektiven Momenten, gegen die guten Sitten verstoßen, und deren Anerkennung deshalb mit diesen unvereinbar ist", (vgl. dazu das von Lotmar, der unmoralische Vertrag, S. 78, zu Unrecht bemängelte Urteil des O.L.G. Stuttgart in Seuff. A. Bd. 49 Nr. 83,) und ebenso hat R.G. Bd. 51 S. 402 wenigstens zum Betreff des §. 270 des Preuß. St.G.B. anerkannt, daß §. 134 B.G.B. zu einem andern Ergebnis führt als das gemeine Recht und das Preuß. Allg. Landrecht. —

Wenn ein an sich rechtlich nicht verbotenes Rechtsgeschäft nach den Umständen des Falles, insbesondere nach den subjektiven Momenten, auf eine gesetzlich verbotene Leistung gerichtet ist, so fällt es unter §. 134 (zutreffend gerade vom Standpunkt des §. 134 B.G.B. aus das Urteil des O.L.G. Hamburg vom 5. Februar 1887 in Seuff. A.

Bd. 42 Nr. 197), und eine solche gesetzlich verbotene und zwar als Unterschlagung strafgesetzlich verbotene Leistung ist die Veräußerungsverfügung des treulosen Verkäufers.

Wollte man diese dem natürlichen Rechtsbewußtsein sowie dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte entsprechende Auffassung des §. 134 B.G.B., — deren Konsequenzen für andere Straftaten (*insbesondere für den durchaus gesonderter Behandlung bedürftigen Betrug*) hier dahin stehen können, — nicht teilen, so müßte die eine Unterschlagung enthaltende Veräußerungsverfügung des treulosen Verkäufers als ein gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft angesehen werden: wie fließend die Grenze zwischen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot und Verstoß gegen die guten Sitten ist, wurde insbesondere bei der zweiten Beratung des E.B.G.B. in der Reichstagssitzung vom 20. Juni 1896 (vom Bundesratskommissar Dr. *Gebhard* und vom Berichterstatter Dr. *Enneccerus*, Guttentagsche Ausgabe S. 269, 277) betont; — der Berichterstatter trug vor: „Von seiten der Regierungsvertreter wurde erklärt, daß die Aufnahme dieses Absatz 2 (es handelte sich um §. 138 Abs. 2 B.G.B.) unnötig sei; es sei selbstverständlich, daß Handlungen, welche, *wenn auch nur im Falle gewohnheitsmäßiger Vornahme als strafbar erklärt werden*, als unsittliche Handlungen bezeichnet werden müßten, also schon nach §. 134 Abs. 1 (= §. 138 Abs. 1 B.G.B.) als unsittliche Geschäfte ungültig seien", und empfahl die Annahme des Abs. 2 des §. 138 B.G.B., weil eine so wichtige Frage eine ausdrückliche Hervorhebung verdiene, auch wenn sich die gleiche Vorschrift schon aus allgemeinen Grundsätzen ergeben würde.

Unter der Flagge der *Unsittlichkeit* segelt die

Unterschlagungshandlung des treulosen Verkäufers nach ihrem Gesamtcharakter, nach ihren objektiven und subjektiven Momenten jedenfalls: nur mutet ein solcher Notbehelf sonderbar an, da in der Umhüllung eines civilrechtlich an sich erlaubten Rechtsgeschäfts eine strafgesetzlich verbotene Handlung steckt, sich also in erster Linie ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot an die Hand gibt.

Wie anders, — wie einfach, — wie zielsicher das Römische Recht!

Das treulos veräußerte Roß war eine res furtiva, und „furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibet usucapionem", l. 2. Inst. 2, 6, Gajus II. §. 45: die contrectatio rei fraudulosa ließ die Sache „in furti vitium" (l. 4. J. 2, 6) verfallen, mit der Wirkung, ne ullus alius, quamquam ab eo (fure) bona fide emerit, usucapiendi jus habeat, Gajus II. §. 49; l. 3. J. 2, 6, — und zu dem Fall der Durchführung eines schon früher begangenen furtum bemerkt l. 68 D. 47, 2: „quid tam ridiculum est quam meliorem furis condicionem esse propter continuationem furti existimare?"

Und nun soll „die die ordentliche Ersitzung ersetzende Art der Eigentumserwerbung" (so: Mot. Bd. 3 S. 352, 351), nämlich der Eigentumserwerb in gutem Glauben, den Sinn haben, daß die treulose Veräußerungsverfügung wirkend und waltend in die Rechtswelt eingreift; es soll nach Hellwig gerade diese Verfügung dem gutgläubigen Erwerber das Eigentum verschaffen, — sie soll es sein, welche dem wahren Eigentümer sein Eigentum nimmt und es auf den gutgläubigen Erwerber überträgt!

Welche Kluft gähnt zwischen dem Römischen fur und dem modernen Missetäter, der an dem von ihm unter-

schlagenen Roß dem Käufer „das Eigentum verschafft" und sich so den Kaufpreis verdient hat!

Wenn dem so wäre, hätten wir es wahrlich weit gebracht!

Es ist jedoch unmöglich, daß diese Wirkung mit den Schlußworten des §. 134 B.G.B. „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt" mitgemeint sein kann; nirgends findet sich angedeutet, daß diese schon in §. 105 des I. E. stehenden Worte besagen sollen, es wirke die eine Unterschlagung enthaltende oder durchführende Veräußerungsverfügung des treulosen Veräußerers, obschon sie sonst nichtig ist, ausnahmsweise zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten; diese mit den Worten „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt" vorbehaltene Ausnahme von der regelmäßigen Nichtigkeit verbotsgesetzwidriger Rechtsgeschäfte hat mit den (übrigens sofort darauf — in der wesentlich verschiedenen Bestimmung des §. 135 Abs. 2 B.G.B. wie schon in §. 107 I. E. Abs. 1 Satz 2: vgl. Mot. Bd. 1 S. 212/213, angezogenen) Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, nichts zu tun, sondern sie ist eine Interpretationsregel, welche auf den Sinn des einzelnen Verbotsgesetzes hinweist (vgl. Bericht der Reichstagskommission Guttentag S. 42/43), und will völlig andere Normen berücksichtigen, vgl. Rehbein Komm. Bd. 1 S. 165/170, Staudinger Komm. Bd. 1 S. 339 Anm. 5d und 5e; ein Rechtssystem, welches einerseits zum Schutze der allgemeinen Eigentumsordnung die Unterschlagung verbietet und unter Strafe stellt und andererseits gerade der das Eigentum verletzenden und eben darum strafbaren Veräußerungsverfügung des treulosen Veräußerers die Fähigkeit, die Macht

zuerkennt, dem wahren Eigentümer sein Eigentum aus der Hand zu nehmen und es in die Hände eines Erwerbers zu legen, . . . wäre auch selbstmörderisch.

Die nichtige Veräußerungsverfügung des treulosen Veräußerers ist aber nicht eine nichtexistierende; jedes nichtige Geschäft existiert; es existiert für die Rechtswelt, insofern es der Konversion (§. 140 B.G.B.) und der Bestätigung mit rückwirkender Verpflichtungskraft §. 141 Abs. 2 B.G.B.) unterliegt, und insofern gerade diese Umdeutungs- und Bestätigungsfähigkeit das entscheidende Merkmal des nichtigen Geschäfts im Unterschiede von unvollständigen und von unwirksamen Geschäftsschlüssen darstellt, vgl. Leonhard der Allgemeine Teil des B.G.B. S. 427, 433/435; und es existiert als nackte Tatsache in der Welt des rein Faktischen, Verum est, neque pacta, neque stipulationes factum posse tollere, l. 31 D. 50, 17.

Und das Recht kann sehr wohl — und diese Auffassung liegt den Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, zu Grunde, — das nackte Faktum der treulosen Veräußerungsverfügung zum Fundament machen, um darauf die Wirksamkeit des guten Glaubens des Erwerbers aufzubauen; — nicht als ob jene Veräußerungsverfügung die wirkende Kraft wäre, sondern nur in dem Sinne, daß dieselbe die tatsächliche Voraussetzung der Wirksamkeit des guten Glaubens ist, — nicht als ob aus der Veräußerungsverfügung der Eigentumserwerb des Gutgläubigen als rechtliche Folge flöße, sondern nur dahin, daß die Wirksamkeit des guten Glaubens auf den Fall des Unterliegens einer Veräußerungsverfügung beschränkt ist, — nicht als ob der treulose Veräußerer der Verleihende und Übertragende sein

sollte, sondern nur so, daß die erwerbende Kraft des guten Glaubens sich auf eine Veräußerungsverfügung stützen muß.

Und zwar auf eine Veräußerungsverfügung, welche im übrigen — abgesehen von dem Mangel des Eigentums des Veräußerers — rechtlich in Ordnung geht: hierauf hat nicht erst Wendt A. f. c. Pr. Bd. 89 S. 22 ff. (vgl. Hellwig S. 102 Anm. 23), sondern haben schon die Motive hingewiesen mit den zugleich den gesetzgeberischen Grund klarlegenden Worten Bd. 3 S. 344: „Der Entwurf läßt nur den Mangel des Eigentums des Veräußerers durch die bona fides des Erwerbes gedeckt werden. Ein Irrtum des Erwerbers in Ansehung sonstiger rechtsgeschäftlicher Erfordernisse wie Vertretungsmacht, Geschäftsfähigkeit und dergl. verdient nicht eine ähnliche Begünstigung; es würde unbillig sein, wenn man die schädlichen Folgen eines solchen Irrtums von dem Irrenden auf einen Dritten, den Eigentümer der Sache, abwälzen wollte": es handelt sich um eine rein positive Gesetzesbestimmung, um einen Kompromiß zwischen den Interessen des Eigentümers und den Interessen des gutgläubigen Erwerbers: dieser soll nur dann kraft seines guten Glaubens erwerben, wenn er, falls der Veräußerer Eigentümer gewesen wäre, erworben hätte. —

Genau die gleiche positive Gesetzesbestimmung war es, welche für die Ersitzung einen Titel verlangte: auch die Ersitzung war aus Billigkeitsgründen eingeführt, l. 1 D. 41, 3: bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, vgl. Windscheid-Kipp Bd. 1 §. 105 Anm. 3 und 4 und §. 175 Anm. 1; und es ist unzutreffend, daß der Titel die Grundlage für die Rechtfertigung des

Bewußtseins des Besitzers sein sollte (so: Windscheid-Kipp §. 175 S. 806, §. 178 Anm. 8 S. 817/818, vgl. Mot. Bd. 3 S. 350): keine der in Betracht kommenden Quellenstellen deutet auch nur an, daß der Titel die objektive Fundierung der Berechtigung des Aneignungswillens sein sollte, insbesondere weder l. 27 D. 41, 3 (wo Celsus die Streitfrage, ob die irrtümliche Annahme eines Titels genüge, ausdrücklich bespricht), l. 11 J. 2, 6 (Error autem falsae causae usucapionem non parit) noch die einen Putativtitel für ausreichend erklärenden l. 10 D. 41, 4; l. 5 D. 41, 10, — und mag l. 9 D. 41, 8, in welcher Hermogian zur usucapio pro legato bemerkt: „etsi non jure legatum relinquatur vel legatum ademptum est, pro legato usucapi post magnas varietates obtinuit", so wie Fitting A. f. c. Pr. Bd. 52 S. 39/40 will, oder anders auszulegen sein, jedenfalls war die Zulassung eines Putativtitels eine große und lebhafte Streitfrage: war nach der älteren strengeren Anschauung der Titel „ein Vorgang, ohne welchen der Aneignungswille an seine Berechtigung nicht glauben durfte", — dies soll nach Windscheid-Kipp §. 178 Anm. 8 S. 818 der „innere Grund" des Erfordernisses des Titels sein, — so konnte dieser innere, gegen die Zulassung des Putativtitels sprechende Grund unmöglich verschwiegen bleiben: dann wäre völlig unverständlich, wie Gajus II. §. 43/61 sich jedweder Erwähnung des Titels enthalten und lediglich den Satz an die Spitze stellen konnte: „Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, si modo ea bona fide acceperimus, cum crederemus eum qui tradiderit dominum esse"; — dann wäre der Hinweis der l. 2 §§. 8, 16 D. 41, 4 (vgl. Fitting A. f. c. Pr. Bd. 51 S. 249, 275), die usucapion

sei trotz Mangels eines Titels „utilitatis causa" zugelassen, eine recht oberflächliche Erklärung; — und dann hätten sicher die an dem Erfordernis des Titels strenge festhaltenden Kaiser Diocletian und Maximian sich nicht so wie sie taten, ausgedrückt: l. 3. C. 7, 27 „Error falsae causae ratione bonae fidei non defenditur", l. 5. C. 7, 33 „cui solus error causam possessionis sine vero titulo praestitit". —

Windscheid-Kipp Bd. 1 §. 178 Anm. 8 S. 818 meint: „Ein Vorgang, welcher Eigentum zu begründen nicht im stande ist, kann, abgesehen von seiner Einwirkung auf das Bewußtsein des Besitzers, als solcher für das Recht keinen Wert haben"; gerade dieser Anschauung muß auf das Entschiedenste widersprochen werden: gerade die nackte Tatsache eines — bis auf das Eigentum des Veräußerers — fehllosen Erwerbsaktes konnte für Gesetzgebung und Praxis das Entscheidende sein, — entscheidend dahin, daß im Interesse des Eigentümers nur ein solcher tatsächlicher Vorgang Deckung und Begünstigung durch die Usucapion verdiene; wurde utilitatis causa davon abgesehen und bestimmt, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet" (l. 5. D. 41, 10), dann wurde die Grundlage der Usucapion völlig verändert, dann kam es überhaupt nur noch auf die bona fides und auf Nichts weiter an, — dann konnte Gajus die ganze Lehre vom Titel als überflüssig mit Schweigen übergehen. —

Windscheid-Kipp fährt l. c. fort: „Wenn der Titel fehlt, so muß er durch etwas ersetzt werden (sogen. Putativtitel), was meiner Ansicht nach gar nicht anders

gedeutet werden kann, als daß es Grundlage für die Rechtfertigung des Bewußtseins des Besitzers sein soll. Muß man nicht schließen, daß auch die Bedeutung des Titels selbst keine andere sei?"

Dieser Rückschluß von dem Wesen des sogen. Putativtitels auf Zweck und Funktion des Titels dürfte aber gerade eine Verkennung des fundamentalen Unterschiedes darstellen: der Putativtitel ist gerade kein Titel im bisherigen Sinne, sondern ersetzt und beseitigt den Titel, indem er lediglich auf die genügend zu begründende bona fides abstellt; — Titel und Putativtitel stehen nicht im Verhältnis von Regel und Ausnahme (wie Windscheid-Kipp §. 178 S. 816 lehrt), sondern im Verhältnis von Satz und Gegensatz (vgl. auf der einen Seite Celsus in l. 27 D. 41, 3 „quia neque pro legato neque pro donato neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit", — auf der andern Seite l. 2 §. 16 D. 41, 4 „constitit usucapere utilitatis causa me posse quamvis nulla esset emptio"); und auch die Formel, welche Brinz Bd. 1 S. 617 vorschlägt: „Ohne Gefahr für die Sache und vielleicht im Sinne der Römischen Juristen könnte man hier (anstatt von einem rechtlich nichtigen und darum bloß putativen) von einem faktisch existenten und durch bona fides gedeckten Titel reden", scheitert sofort: denn wo ist im Falle der l. 11 D. 41, 4 „si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur" ein faktisch existenter Titel? —

Gerade wenn, wie Brinz Bd. 1 S. 597 bemerkt: „Die Usucapion nicht minder als Mancipation, Testament u. s. f. eine freie, mit keinem Einmal-Eins zu beweisende Schöpfung ist, für welche wir Motive, keine zwingenden

Gründe suchen müssen", — gibt sich als Motiv für das Erfordernis eines Titels zunächst an die Hand, daß den possessores (l. 7 pr. C. 7, 39 „ne possessores . . prope immortali timore teneantur") nur dann geholfen werden wollte, wenn ihnen die Tatsache eines — bis auf den Mangel des Eigentums des Veräußerers — fehllosen Erwerbsaktes zur Seite stand, nicht aber auch dann, wenn sie auch von dem veräußernden Eigentümer (wegen anderweiter Fehler des Erwerbsaktes) nicht erworben hätten; die Tragweite dieses Motivs führt über die nackte Tatsache eines — bis auf den Mangel des Eigentums des Veräußerers — fehllosen Erwerbsaktes nicht hinaus; diese nackte Tatsache des Titels genügt in alle Wege, — ohne daß dem Titel irgendwelche sonstige Funktion und Wirksamkeit zugeschrieben werden brauchte oder gar müßte, — und wenn dieses Motiv für das Erfordernis eines Usucapionstitels nicht erkannt wurde, so lag dies vielleicht daran, daß dieses Motiv und die Konsequenz desselben zu einfach, zu schlicht, zu natürlich erschien. —

Freilich: Hellwig S. 277 mißt dem Titel eine viel vornehmere Bedeutung, eine imponierende Kraft zu; „wäre, lehrt er, im gemeinen Recht das Erfordernis des justus titulus wirklich festgehalten, dann würde dem Ablauf der Ersitzungszeit die Bedeutung zukommen, daß er den Mangel im Rechte desjenigen heilen würde, aus dessen Person der Titel abgeleitet wurde. Die Ersitzung wäre nichts anderes, als die Befestigung der dem Erwerber von dem Veräußerer verschafften unvollkommenen Rechtsstellung. Die Durchführung dieser Ansicht, welche geradezu zu der von Brinz (Pand. 2 Aufl. Bd. 1 S. 244, 595) verteidigten Ansicht der derivativen Natur des Erwerbs durch Ersitzung führen würde, scheitert jedoch an der Aner-

kennung des sogen. Putativtitels, die in Wirklichkeit bedeutet, daß unter besonderen Umständen ein Titel nicht erforderlich ist". —

Wie also nach den heutigen Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, der treulose Veräußerer des ihm vermieteten Rosses dem gutgläubigen Käufer das Eigentum des Rosses „verschafft", so würde, — wenn der sogen. Putativtitel nicht eingeführt wäre, — der Veräußerer einer fremden Sache dem Usucapienten das Eigentum verschafft haben, insofern der Mangel im Recht des Veräußerers geheilt und die dem Erwerber von dem Veräußerer verschaffte unvollkommene Rechtsstellung durch die Ersitzung befestigt ist: das ist deutlich und konsequent, — die weitere unabweisliche Konsequenz dieser (keineswegs etwa schon von Brinz aufgestellten) Ansicht aber wäre, daß, — da ja der Mangel im Recht des Veräußerers geheilt ist, — der Usucapient pro emtore Käufer, der Usucapient pro donatio Beschenkter u. s. w. wäre; — und diese weitere Konsequenz zeigt ohne weiteres, daß die Hellwig'sche Auffassung, — der zufolge das Recht des wahren Eigentümers einer angeblichen Verfügungsmacht des Nichtberechtigten zum Raube fällt, — jedenfalls auf dem Boden der römisch-rechtlichen Usucapionslehre keinen Raum findet.

Der bisherigen Erörterung wurde der Fall unterlegt, daß die Verfügung des Nichtberechtigten eine treulose Veräußerung (Unterschlagung) ist.

Von diesem Falle auszugehen war durch die Wirklichkeit der Dinge gerechtfertigt: die Veräußerungen seitens Nichtberechtigter sind, da Diebstahl infolge §. 935 Abs. 1 B.G.B. nicht in Frage kommt, — meistens Unterschla-

gungen; vgl. Gajus II §. 50: „unde (weil nämlich furtivarum rerum usucapio prohibita est) in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat, quia, qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit"; Kohler in „Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. Bd. 1 S. 612: „der Hauptfall (der Anwendbarkeit des Satzes „Hand muß Hand wehren") ist der, wenn der Eigentümer die Sache jemandem, sei es geliehen, sei es sonst zur Aufbewahrung oder zum Gebrauch überlassen hat, und dieser eine Unterschlagung begeht". —

Und dieser Ausgang der Untersuchung rückte den versteckten unheilvollen Kern der durch mechanische Glätte zu bestechen geeigneten Hellwig'schen Ansicht in helles Licht. —

Aber auch wenn der verfügende Nichtberechtigte in gutem Glauben ist, vgl. Gajus II §. 50; 1 4/6, J. 2, 6, verfällt seine Veräußerungsverfügung der Nichtigkeit, und zwar der auf Rechtlosigkeit beruhenden Nichtigkeit vgl. Brinz Bd. 4 S. 425, 439: „Die Veräußerung, Obligierung, dingliche Belastung einer fremden Sache dagegen (im Gegensatz zu dem Bestande des Geschäftes, soweit es sich bloß um Erzeugung von Obligationen handelt) ist mit der Wirkung, daß Empfänger Eigentümer oder entgegen dem dominus selbst und direkt pfand-, servituten- oder sonst dinglich berechtigt werde, ohne Vollmacht, Konsens, Ratihabition von seiten des Eigentümers nicht möglich. (Allein ohne weiteres nichtig kann man das Geschäft auch so nicht nennen, nämlich wegen der Möglichkeit einer bonae fidei possessio, einer Ratihabition von seiten des Berechtigten oder einer indirekten Konvalescenz durch nach-

träglichen Eigentumserwerb des Besitzers selbst"; vgl. dazu Leonhard, Allg. Teil, S. 342/343, 536.)

Die Veräußerungs-Verfügung des Nichtberechtigten ist also stets eine nichtige, — nach altem wie nach neuem Recht, wenn sie sich richtet an einen schlechtgläubigen Erwerber, — und wenn sie sich richtet an einen gutgläubigen Erwerber, ist sie auch nach neuem Recht an sich abgesehen von den Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Recht von einem Nichtberechtigten herleiten, — nichtig: — wegen Rechtlosigkeit im Falle guten Glaubens des verfügenden Nichtberechtigten, — wegen Rechtlosigkeit und wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot und wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, falls der verfügende Nichtberechtigte durch die Verfügung eine Unterschlagung begeht oder durchführt; vgl. Urteil des O.L.G. Stuttgart I. C. S. vom 22. März 1901 in R.O.L.G. Bd. 2 S. 353: „Diese Vorschriften (C.P.O. §. 804, B.G.B. §. 1244, 932) besagen jedoch nicht, daß solche Veräußerungen rechtlich begründet seien, sie bedeuten im Gegenteil, daß auch durch rechtlich unbegründete Veräußerungen Eigentum verschafft werden könne."

Ist ohne strengste Beweise annehmbar, daß die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, den Sinn haben sollen und können, das tote Geschäft der nichtigen Veräußerungsverfügung zu lebenvortäuschenden Regungen zu galvanisieren oder gar diesem Schemen lebendige Kraft, in die Rechtswelt eingreifende Macht einzuflößen? — Spricht nicht vielmehr eine starke Vermutung dafür, daß auch beim Eingreifen dieser Vorschriften die Veräußerungsverfügung des Nichtberechtigten das bleiben sollte und geblieben ist, was sie immer war, — nämlich eine nackte Tatsache,

welche als nackte Tatsache — zur Begrenzung des Wirkungskreises des guten Glaubens — zu berücksichtigen das Recht alle Ursache hat? —

Ist nicht eine Erklärung, — welche dieses reine Faktum reines Faktum bleiben läßt, — und wenn die Veräußerungsverfügung im Falle treuloſen Unterschleifs nur die Bedeutung einer Tatsache haben kann, dann kann sie auch im Falle guten Glaubens des verfügenden Nichtberechtigten nichts weiter sein, — vorzuziehen, zumal wenn sie den positiven Gesetzesstoff deckt (vgl. Jhering Geist Bd. 2 S. 371)?

Und wo sind die strengen Beweise für das Gegenteil?

§. 3.

Bedeutung des Wortes „Herleiten".

„Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten", das ist doch mit Verlaub der reine Gallimathias", ruft Seuffert in Busch, Z. Bd. 16 S. 475 aus; Hellwig S. 104 stimmt dem zu, — legt diese Gesetzesworte dahin aus: „Das Singuläre liegt nur darin, daß der Verfügende aus besonderen Gründen eine derartige Verfügungsmacht hat, daß „von einem Nichtberechtigten — d. h. aus seiner Verfügung — Rechte hergeleitet werden können", — und merkt an: „Interpretiert man die §§. 135 Abs. 2, 161 Abs. 3 B.G.B. und §. 325 C.P.O. nicht in dieser Weise, so legt man dem Gesetzgeber einen Gedanken unter, der gegen die ewigen Denkgesetze verstoßen würde". —

Wendt im A. f. c. Pr. Bd. 89 S. 21 meint wenigstens: „Diese Ausdrucksweise braucht nicht beanstandet zu werden, denn hatte auch der Veräußerer selbst das Eigen-

tum nicht, so gewinnt es der Erwerber doch kraft des Übertragungsgeschäftes, ohne welches sein guter Glaube ihm auch nicht nützen würde, und dessen Nichtigkeit auch für ihn den Erwerb ausschließt."

Vielleicht aber wurde das richtige Verständnis der Gesetzesworte auch hier wiederum dadurch erschwert, daß die Wahrheit zu nahe lag, zu einfach und zu schlicht erschien. —

Daß der gutgläubige Erwerber sein Recht von dem Nichtberechtigten „herleitet", ist selbstverständlich, denn er hält ja den Nichtberechtigten für den Berechtigten, — er glaubt, von dem Veräußerer des Rosses dessen Eigentum übertragen erhalten zu haben; diese „Herleitung" aber ist angesichts des Rechtssatzes „nemo plus juris transferre potest quam ipse habet" eine verfehlte, — sie hilft dem gutgläubigen Erwerber nichts, sondern läßt ihn schutzlos: darum eben bedarf der gutgläubige Erwerber einer Vorschrift zu seinen Gunsten, und diese Vorschrift geht dahin, daß er das Eigentum erwirbt, obwohl es mit seiner „Herleitung" nichts ist.

Die Worte, „welche Rechte herleiten", konstatieren nur, wie sich die Sache im Kopfe des gutgläubigen Erwerbers spiegelt, — die Worte „von einem Nichtberechtigten" besagen, daß diese Spiegelung der objektiven Sachlage nicht entspricht, — also (da jeder Jurist weiß, daß die Herleitung eines Rechts von einem Nichtberechtigten rechtlich eine Unmöglichkeit ist), — spricht das Gesetz, — sind Vorschriften zu Gunsten derjenigen gegeben, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten.

Die Worte „welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten" wollen also nicht entfernt den juristischen Effekt der Vorschriften zu Gunsten der gutgläubigen Erwerber

ausprägen, — sie wollen nicht statuieren, daß kraft dieser Vorschriften der gutgläubige Erwerber Rechte von einem Nichtberechtigten herleitet, sondern sie sagen im Gegenteil lediglich, wer und warum er besonderer Schutzvorschriften bedarf; darüber aber schweigt sich das Gesetz aus, ob die Rechte, welche der gutgläubige Erwerber kraft der besonderen Gunstvorschriften erwirbt, hergeleitete Rechte sind, und ob sie insbesondere hergeleitet sind derart, daß der Nichtberechtigte durch seine Verfügung Rechte des wahrhaft Berechtigten von dessen Person auf die Person des Erwerbers überzuleiten die Macht hat. —

Diese Hellwig'sche Doppel-Herleitung hat im Gesetz nicht den geringsten Boden: der gute Glaube des Erwerbers muß sich gerade darauf richten, daß der Verfügende auch der Berechtigte ist, — und soweit dies der Fall ist, „gilt" der Nichtberechtigte zu Gunsten des Gutgläubigen als der Berechtigte; der verfügende Nichtberechtigte verfügt also nach dem guten Glauben des Erwerbers und nach dem Standpunkt des Gesetzes über sein Recht; — daß er nur Verfügungsorgan sei, und daß seine Verfügung als Überleitungsakt das Recht eines Dritten, des wahrhaft Berechtigten, ergreife, davon ist nirgends die Rede. —

So: §. 932: „wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß er . . . nicht in gutem Glauben ist. — Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört"; §. 936 Abs. 2: „das Recht des Dritten erlischt nicht, wenn der Erwerber zu der nach Abs. 1 maßgebenden Zeit nicht in gutem Glauben

ist"; §. 892: „zu Gunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück, oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen, oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist;" §. 1058: „Im Verhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer gilt zu Gunsten des Nießbrauchers der Besteller als Eigentümer, es sei denn, daß der Nießbraucher weiß, daß der Besteller nicht Eigentümer ist"; §. 1248: „Bei dem Verkaufe des Pfandes gilt zu Gunsten des Pfandgläubigers der Verpfänder als der Eigentümer, es sei denn, daß der Pfandgläubiger weiß, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer ist"; §. 366 Abs. 2 und 3 H.G.B.: „finden die Vorschriften des B.G.B. zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugnis des Veräußerers oder Verpfänders, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, (bezw. ohne Vorbehalt des Rechtes über die Sache verfügen) betrifft"; §. 372 H.G.B.: „In Ansehung der Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstande gilt zu Gunsten des Gläubigers der Schuldner, sofern er bei dem Besitzerwerbe des Gläubigers der Eigentümer des Gegenstandes war, auch weiter als Eigentümer, sofern nicht der Gläubiger weiß, daß der Schuldner nicht mehr Eigentümer ist."

§. 4.

C.P.O. §. 445.

Der Praktiker weiß, daß die Frage der Rechtsnachfolge im Gerichtssaal ganz überwiegend *wegen der Zulässigkeit der Eideszuschiebung* über Handlungen

oder Wahrnehmungen des Rechtsvorgängers (§. 445 C.P.O.) aufgeworfen und umstritten wird, wie denn auch gerade der §. 445 C.P.O. den Anlaß zu zahlreichen und wertvollen oberstrichterlichen Erörterungen des Begriffs der Rechtsnachfolge gegeben hat, R.G. Bd. 15 S. 368, Bd. 45 S. 372; Bd. 47 S. 69; Bd. 53, S. 9; Seuff. A. Bd. 49 S. 469; Bd. 55 S. 447; J. Woch. 1903 S. 344; es befremdet, daß Hellwig die sich aus der Rechtsnachfolge für die Eideszuschiebung und für den Zeugenbeweis (§. 385 Z. 4 C.P.O.) ergebenden Konnsequenzen in seiner „Rechtskraft" mit keinem Worte erwähnt. —

Wäre der gutgläubige Erwerber Rechtsnachfolger des seines Eigentums verlustig gegangenen Eigentümers, so darf ihm — dem Erwerber — der Eid über Handlungen und Wahrnehmungen dieses früheren Eigentümers zugeschoben werden. —

Die durch die römisch-rechtliche Doktrin herbeigeführte schrankenlose Zulassung der Eidesdelation über facta aliena aller Art hatte zu unerträglichen Mißbräuchen geführt, und der achte deutsche Juristentag hatte die gänzliche Beseitigung der Eideszuschiebung über facta aliena befürwortet; „trotzdem — führen die Motive zum Entwurf der C.P.O. (Vorlage für den Reichstag Kortkampf'sche Ausgabe S. 504) in fast wörtlicher Übereinstimmung mit den Motiven zum Preuß. Entwurf S. 115/116 aus, — war es, um die unabweisbaren Bedürfnisse des Rechtslebens zu befriedigen, notwendig, die Eideszuschiebung über facta aliena in dem Umfange zuzulassen, wie es durch §. 397 (jetzt §. 445 C.P.O.) geschehen ist, denn häufig wird es der Partei unmöglich sein, sich über Handlungen und Wahrnehmungen der Rechtsvorgänger und Vertreter ihres Gegners andere Beweismittel zu verschaffen. . . .

Ganz abgesehen davon ist der Gegner regelmäßig in der Lage und außerdem auch verpflichtet, über die betreffenden Tatsachen nähere Erkundigung einzuziehen, um sich über ihre Wahrheit eine Überzeugung zu verschaffen."

Soll nun der gutgläubige Erwerber in der Lage und verpflichtet sein, über Handlungen und Wahrnehmungen des früheren Eigentümers Erkundigungen einzuziehen? Soll etwa dem früheren Eigentümer, — obschon nach Hellwig nicht er, sondern der verfügende Nichtberechtigte der Verkäufer ist, der den Kaufpreis verlangen kann, — eine Auskunftspflicht i. S. der §§. 444, 445 B.G.B. (vgl. R.G. Bd. 52 S. 168) obliegen? Das hieße dem früheren Eigentümer gegenüber zum Schaden den Spott fügen! Der rechtswidrig durch eine von dem perfiden Mieter verübte Unterschlagung seines Eigentums Beraubte sollte nun auch noch gefälligst über die rechtlichen Verhältnisse der ihm treulos entwundenen Sache Rede und Antwort stehen! Und genau dasselbe hohnvolle Spiel wäre es, wenn der frühere Eigentümer als Zeuge eines ihm etwa sonst nach §. 383 Nr. 1/3 oder §. 384 Nr. 1 C.P.O. zustehenden Zeugnisverweigerungsrechtes verlustig sein sollte, weil er die von ihm seinerzeit zum Betreff der Sache betätigten Handlungen als Rechtsvorgänger des jetzigen Eigentümers, des gutgläubigen Erwerbers, vorgenommen habe!

Diese Erwägungen werden nicht dadurch beeinträchtigt, daß bei der Zeugnisablegung gemäß §. 385 Nr. 4 C.P.O. für die Rechtsvorgängerschaft in erster Linie die Behauptung des Beweisführers in Frage kommt: es handelt sich hier nicht um das allgemeine, jeden Zeugen möglicherweise ereilende Schicksal, als angeblicher Rechtsvorgänger zum Zeugen aufgerufen zu werden, son-

dern nach Hellwig ist bei behauptetem oder aufgedecktem gutgläubigen Erwerb die Rechtsvorgängerschaft des früheren Eigentümers schlüssig behauptet bezw. bewiesen.

Dieser frühere Eigentümer ist jedoch dem gutgläubigen Erwerber meist eine recht unbekannte Größe; — wie der gutgläubige Erwerber beim Erwerbsakt von dem wahren Eigentümer (er hält ja den Veräußerer für den Eigentümer) nichts gewollt und nichts gewußt hat, so erfährt er meist auch nachträglich nichts von demselben: welchen Anlaß und welche Pflicht zur Erforschung des ihm unbekannten, angeblichen Rechtsvorfahrs sollte er haben? Er ist gedeckt, wer auch immer der wahre Eigentümer war, und wie auch immer das Eigentum in der Hand dieses gestaltet war.

Freilich hat der I. Civilsenat R.G. im Urteil Bd. 47 S. 69 ff. eine abweichende Stellung eingenommen, indem er den materiellrechtlichen und den prozeßrechtlichen (§. 445 C.P.O.) Begriff der Rechtsnachfolge von einander unterscheidet; bei der Anwendung des §. 445 C.P.O. seien die civilistischen Begriffe von Rechtsvorgänger und Vertreter nicht schlechthin maßgebend, — es sei das entscheidende Gewicht nicht darauf zu legen, ob das Recht, welches der Gegner der den Eid zuschiebenden Partei im Prozeß geltend macht, von dem Rechte eines bisher Berechtigten abgeleitet ist; es genüge, wenn es sich als ein auf Grund der Verfügung eines andern erworbenes darstelle.

Diese Unterscheidung zwischen materiell-rechtlichem und prozeßrechtlichem Begriff der Rechtsnachfolge und diese in gefährlicher Weise an die Hellwig'sche Theorie anklingende („auf Grund der Verfügung eines andern erworbenes Recht") Formulierung muß jedoch mit Ent-

schiedenheit abgelehnt werden; die Motive zu §. 410 C.P.O. alt sagen ausdrücklich: „die Bedeutung der Ausdrücke „Rechtsvorgänger" und „Vertreter" ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen", und auch die Motive zur Civilprozeßnovelle stellen offensichtlich auf den civilrechtlichen Successionsbegriff ab; das Beweisbedürfnis der den Eid zuschiebenden Partei allein kann doch nicht maßgebend sein, — der Eid ist nur zulässig, wenn die Gegenpartei in der Lage und verpflichtet ist, über Handlungen und Wahrnehmungen des Dritten Kenntnis zu haben oder einzuziehen, und dies ist immer nur dann der Fall, wenn sie materiellrechtlich Rechtsnachfolger des Dritten ist. —

§. 5.

Gutgläubiger Erwerb — originärer Erwerb.

Es leitet also kein Band von dem gutgläubig erworbenen Eigentum zurück zu dem erloschenen Eigentum des früheren Eigentümers: daß die Stoffeinheit jenes und dieses Eigentums zum Begriff der Rechtsnachfolge nicht genügt (Regelsberger S. 443), dürfte nachgerade anerkannt sein; und von einer Bedingtheit des vom Gutgläubigen erworbenen Rechts durch die Rechtsstellung des früheren Eigentümers (Regelsberger l. c.), — oder davon, daß das „Gesetz" das Eigentum des gutgläubigen Erwerbers als neues Rechtsverhältnis deshalb entstehen läßt, weil das Eigentum des früheren Eigentümers als Ursprungsverhältnis bestand (Hellwig, S. 95) — kann doch ernsthaft keine Rede sein: das Gesetz läßt Eigentum in der Person des gutgläubigen Erwerbers entstehen, nicht weil,

sondern im Gegenteil trotzdem das frühere Eigentum bestand, vgl. Kohler, „Vertrag und Übergabe" im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 18 S. 98 und in 12 Studien S. 353; gerade die Rücksicht auf das Eigentum des wahren Eigentümers hat die Gesetzgebung aller der Jahrhunderte bis zum B.G.B. abgehalten, den gutgläubigen Käufer einer fremden Sache zum Eigentümer zu machen: soll dieses Eigentum nunmehr der Grund seiner Selbstvernichtung sein?

Wenn aber der gutgläubige Erwerber nicht Rechtsnachfolger des wahren Eigentümers ist, so kann er auch nicht Rechtsnachfolger des verfügenden Nichtberechtigten sein. —

Zunächst nicht qua Recht: denn der Nichtberechtigte selbst hat eben das Recht nicht, er kann also ein eigenes Recht nicht übertragen, und daß durch ihn — z. B. durch seine Unterschlagungshandlung — gegenüber seiner eigenen Rechtslage (völlige Rechtlosigkeit) das Recht des Erwerbers als „seines Rechtsnachfolgers" verändert und verstärkt werden sollte (Dernburg, Bd. 1 S. 316), diese Annahme verbietet sich von selbst; — hat der Nichtberechtigte nach dem Ausgeführten weiter auch nicht die Macht, das Recht des in Wahrheit Berechtigten auf den gutgläubigen Erwerber zu übertragen, so überträgt er auf den Erwerber nichts.

Demnach hat zweitens auch die Veräußerungsverfügung keinerlei rechtliche Bedeutung; sie kann rechtlich wirksam sein nur als Rechtsübertragung: wird nichts übertragen, so wird nichts verfügt, — eine Rechtsnachfolge des gutgläubigen Erwerbers qua Verfügung an sich ist ein Unding. —

Wiederum ergibt sich, daß die Veräußerungsverfügung

des Nichtberechtigten nur als nackte Tatsache, als reines Faktum, — als positive Begrenzung des Wirkungskreises des guten Glaubens angesehen werden kann.

Wer möchte auch mit Hellwig glauben, daß die Verfügung (Indossament) des Nichtberechtigten (z. B. des Diebes des Wechsels) schöpferisch genug sei, im Falle des Untergangs der Wechselverpflichtung (durch Zahlung, Aufrechnung, Erlaß) die skripturmäßige Verpflichtung zur Entstehung zu bringen oder im Fall des §. 405 B.G.B. die vorher fehlende Verpflichtung zu begründen (vgl. Hellwig S. 294/295 Anm. 20)? daß also diese Verfügung nicht nur Rechte übertragen, sondern auch Rechte aus dem Nichts erschaffen kann? oder wer möchte Crome, System Bd. 1 S. 313/314 folgen, wenn er die angebliche Verfügungsmacht des Nichtberechtigten über die Rechte eines Dritten unmerklich — unter Anführung von Gesetzesstellen, welche mit dem Erwerb in gutem Glauben nichts zu tun haben, vgl. Hellwig S. 105 Anm. 34 — in eine Legitimation zur Übertragung des Rechts übergehen läßt?

Der treulose Veräußerer, der strafrechtlich sich einer Unterschlagung schuldig macht, vom Civilrecht aber zur Übertragung des Eigentums an der von ihm unterschlagenen Sache legitimiert wird, — ist denn doch eine sonderbare Figur, — welche die Schiefheit der Ebene, auf welcher jede eine Verfügungsmacht des Nichtberechtigten über das Recht des Berechtigten konstruirende Theorie notwendig hinabgleiten muß, mit erschreckender Deutlichkeit zeigt. —

Der Erwerb des gutgläubigen Erwerbers kann vielmehr nicht anders, denn als rein originär aufgefaßt werden;

übereinstimmend Kohler l. c.; der gutgläubige Erwerber ist niemandes Rechtsnachfolger, weder der des verfügenden Nichtberechtigten noch der des bisherigen Eigentümers; — er erwirbt, — wie Bekker Bd. 1 S. 109 durchaus zutreffend präcisiert, — „durch sein eigenes gutgläubiges Tun" und nur durch dieses; den Nachweis hierfür muß die bisherige Darlegung, falls deren einzelne Elemente richtig sind, erbracht und zugleich die Einwendungen Wendts und Hellwigs widerlegt haben.

Wendt wendet nämlich ein, A. f. C. Pr. Bd. 89 S. 17/18: „der gute Glaube des Erwerbers ist doch nur ein Teil des Gesamtbestandes und hat für sich allein noch nicht die Wirkung, das Eigentum zu begründen, sondern erst in Gemeinschaft mit den übrigen Stücken des Gesamtvorganges. Dieser Vorgang als solcher aber im ganzen betrachtet ist derivativer Erwerb, nicht bloß dem Glauben des Erwerbers nach, sondern auch objektiv in dem, was geschieht. Wir haben das äußere Bild einer Übertragung, ein Übertragungsgeschäft; wir haben dabei einen Veräußerer und eine Veräußerung und müssen zur Gültigkeit des Geschäfts Veräußerungsfähigkeit des Veräußerers fordern . . . Gerade an diesem Punkt zeigt sich, daß nicht rein von originärem Erwerb gesprochen werden kann"; und Hellwig, S. 101/102 lehrt: „Selbst dann, wenn man die Fälle des Schutzes des guten Glaubens isoliert betrachtet, ist es zweifellos, daß das „Tun" des Erwerbers keineswegs den Grund für seinen Rechtserwerb bildet. Dieser ist auch hier die Verfügung des Veräußerers und tritt deshalb nicht ein, wenn diese Verfügung aus einem andern Grunde, als wegen des Mangels seines Eigentums oder der sonstigen Berechtigung, unwirksam ist."

Das äußere Bild eines Übertragungsgeschäftes und

die Veräußerungsfähigkeit des verfügenden Nichtberechtigten sind aber nicht als wirkende Kräfte, sondern nur deshalb erforderlich, weil das Gesetz die Tatsache eines bis auf den Mangel des Eigentums des Veräußerers fehllosen Erwerbsaktes gegeben wissen will, wenn die erwerbende Kraft des guten Glaubens soll Platz greifen können. —

Was übrigens die Terminologie anlangt, so wird die Klarheit des Resultates, daß der Erwerb des gutgläubigen Erwerbers ein originärer ist, verdunkelt, wenn Ausdrücke wie „unverbundene Succession" (Dernburg Pandekten §. 81), oder „originäre Succession" (Heck in Goldschmidt, Zeitschrift für das Ges. Handelsrecht, Bd. 37, S. 282) beliebt werden: eine Succession im Sinne einer Rechtsnachfolge („Succession" im weiteren Sinne ist wissenschaftlich unbrauchbar, vgl. Regelsberger, §. 122 S. 447) liegt in keiner Weise vor; — und wenn Dernburg, Bd. 1 S. 316, ausführt: „Auch solcher Erwerb (des gutgläubigen Erwerbers) ist als ein derivativer zu bezeichnen, nur muß man unter derivativem Erwerb denjenigen verstehen, welcher darauf angelegt ist, daß der Erwerb nicht ursprünglich, sondern kraft des Übergangs von einem Vorgänger sich vollzieht," so scheint dieses verschwimmende Erkennungszeichen des „Daraufangelegt-Seins" lediglich geeignet, Verwirrung zu erzeugen und die Grenzen zwischen originärem und derivativem Erwerb zu verwischen. —

§. 6.

Die Kaufpreisforderung des verfügenden Nichtberechtigten.

Zu erörtern bleibt, wie sich von diesem Resultat aus die obligatorische Seite des zum gutgläubigen Eigentums-

erwerb führenden Geschäfts abzuwickeln hat, wie es insbesondere mit der Kaufpreisforderung des verfügenden Nichtberechtigten gegen den gutgläubigen Käufer zu halten ist.

a) Der verfügende Nichtberechtigte hat dem gutgläubigen Käufer das Eigentum an der Sache *nicht* verschafft, er hat seine Verpflichtung aus §. 433 Abs. 1 Satz 1 *nicht* erfüllt, seine Klage auf den Kaufpreis ist abzuweisen, wenn er etwa selbst vorträgt oder wenn auf die Behauptung des Beklagten hin bewiesen wird, daß er ein Nichtberechtigter war, und zwar gleichviel ob er seinerseits in gutem Glauben war oder in male fide versierte (z. B. eine Unterschlagung beging).

Hat deshalb der gutgläubige Erwerber den Kaufpreis lukriert?

Keineswegs! Daß dies nicht der Fall sein kann, lehrt schon das ungeschulte, einfache Rechtsgefühl, und eben dieses Rechtsgefühl deutet auf den früheren Eigentümer als denjenigen hin, welchem das, was der gutgläubige Erwerber für den Erwerb der Sache zu zahlen sich verpflichtete, zukommen sollte: er hat den Rechtsverlust zu leiden, ihm gebührt der Entgelt.

Und sollte nicht auch wirklich der frühere, seines Eigentums infolge der *stets objektiv* und *meistens subjektiv* rechtswidrigen Verfügung des Nichtberechtigten verlustig gegangene Eigentümer einen direkten Anspruch auf den Entgelt gegen die gutgläubigen Erwerber haben? Sollte das Gesetz den sonderbaren Umweg vorschreiben, daß zuerst der gutgläubige Erwerber dem Nichtberechtigten leisten und der frühere Eigentümer dann wieder dem Nichtberechtigten das von diesem Erlangte nach §. 816 Abs. 1 Satz 1 abjagen müßte? wobei der frühere Eigentümer

das Risiko trüge, daß der Nichtberechtigte den Entgelt — die Frucht angenommen seines Unterschleifs — alsbald verzehrt oder beseitigt und sonst vermögenslos ist; — oder sollte das Gesetz wenigstens vorschreiben, daß der Nichtberechtigte seine Kaufpreisforderung dem früheren Eigentümer nach §. 816 Abs. 1 Satz 1 oder, wenn die Verfügung eine unerlaubte Handlung war, nach §. 823 Abs. 1 B.G.B. herauszugeben, nämlich abzutreten hat? so daß der gutgläubige Erwerber seinerseits aus dieser Verpflichtung des Nichtberechtigten gegenüber dem früheren Eigentümer eine Einwendung gegen die Kaufpreisklage des Nichtberechtigten nicht herzuleiten vermag, da diese Einwendung eine exceptio ex jure tertii wäre.

So gröblich und unbeholfen ist denn doch das Rüstzeug des Gesetzes nicht!

Zwar kann es sich um Anwendung des §. 816 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. nicht handeln, denn die Verfügung ist nicht unentgeltlich erfolgt, — wohl aber ist §. 812 Abs. 1 Satz 1 anzuwenden, obwohl dies in den Kommentaren und Lehrbüchern, so weit ich sehe, nirgends anerkannt ist. —

„Daß bei Verfügungen Nichtberechtigter gegen denjenigen, zu dessen Gunsten der Rechtsverlust eintritt, gegen den Erwerber, eine condictio nicht stattfindet, ist aus dem Zwecke des Gesetzes klar," sagen die Mot. Bd. 2 S. 853, vgl. Mot. Bd. 3 S. 350, und die K. Prot. Bd. 2 S. 686 bestätigen, daß dies richtig sei; eine Kondiction des früheren Eigentümers gegen den gutgläubigen Erwerber auf Herausgabe der von diesem zu Eigentum erlangten Sache ist also freilich ausgeschlossen.

Damit ist aber für die Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer *aus der obligatorischen Beziehung*

zwischen verfügendem Nichtberechtigten und gutgläubigem Erwerber abzuleitenden Kondiction noch nichts gesagt. —

Diese obligatorische Beziehung geht ihre eigenen Wege; aus obligationenrechtlichen Bestimmungen ergibt sich zunächst, daß der gutgläubige Käufer den Kaufpreis an den verfügenden, nichtberechtigten Verkäufer nicht zu leisten hat:

wer eine fremde Sache als seine eigene verkauft, ist im Augenblick des Vertragsschlusses unvermögend, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen: hiefür steht der Verkäufer nach bekannten Rechtsgrundsätzen, Mot. Bd. 2 S. 216, unbedingt ein; solange der dingliche Vertrag noch aussteht, kann der Käufer die Zahlung des Kaufpreises verweigern, K. Prot. Bd 2 S.661; wann aber der nichtberechtigte Verkäufer in Verfolg des Kaufvertrages verfügt, nämlich die fremde Sache als seine eigene dem gutgläubigen Käufer zu Eigentum übergibt, so ist die dem nichtberechtigten Verkäufer obliegende Leistung, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen, d. h. das Eigentum als ein bis dahin ihm zustehendes auf den Käufer (vgl. über das Verschaffungsprinzip Mot. Bd. 2 S. 213, 217) zu übertragen, unmöglich geworden, denn der Käufer ist nunmehr kraft seines guten Glaubens, also anderweit, Eigentümer geworden; — und zwar ist diese Leistung unmöglich geworden in Folge eines von dem Verkäufer zu vertretenden Umstandes;

der Käufer ist also nach §. 325, 440 B.G.B. berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. —

Zu diesem Punkt mag ein wenig weiter ausgeholt werden. —

„Der Käufer hat — führt Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 611 Anm. 8e auf dem Boden der römisch-rechtlichen Evictionslehre aus —, einen Anspruch gegen

den Verkäufer ferner dann, wenn er selbst der Eigentümer ist. Auch wenn er *später* Eigentümer wird, kann er den gezahlten Kaufpreis zurückfordern und braucht ihn nicht zu zahlen, wenn dies noch nicht geschehen ist. Paul. Sent. II 17 §. 8; l. 9, l. 41 §. 1 D. 21, 2 („ex emto agendum"). Auch dieser Satz erklärt sich nur aus der Auffassung, daß der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer das Eigentum der Kaufsache zu verschaffen. Der Käufer, dem kein Eigentum verschafft worden ist, kann sich nicht darüber beklagen, daß das Eigentumsrecht bei einem andern sei, solange ihm dieses Eigentumsrecht nichts entzieht; aber, wenn er selbst der Eigentümer ist, kann er geltend machen, daß er nicht zu bezahlen brauche, was er zwar habe, aber nicht durch den Verkäufer habe. Dem Fall, wo der Käufer Eigentümer wird, steht der Fall gleich, wo der Eigentümer (durch Beerbung) Käufer wird, l. 49 D. 17, 1."

Den rechtlichen Inhalt dieser Sätze, — zu welchen *Windscheid-Kipp* auf seine Darlegung Bd. 2 S. 404. §. 343a Anm. 6 Bezug nimmt, („die Obligation geht auf den *zu bewirkenden* Erfolg, also auf das Bewirken des Erfolges") — gab §. 376 des I. E. B.G.B. wieder, vgl. Mot. Bd. 2 S. 220: „wenn der Erwerber das Recht des Dritten anderweit, wenn auch unentgeltlich erwirbt, so ist hierdurch die Eviktion durch den Dritten ausgeschlossen. *Dennoch bleibt dem Erwerber der Anspruch gegen den Veräußerer*; die Modifikation des (eine vorgängige Entwehrung an sich nicht erfordernden) Verschaffungsprinzips — welche aus Gründen der Praktikabilität und einer gewissen Billigkeitsrücksicht gegen den Veräußerer positiv einzuführen sei, ebenda S. 217/218 — tritt hier zurück, *das Prinzip wieder hervor*";

§. 377 I. E. bestimmte in Abs. 1 und in Abs. 2 Satz 3: „Ist das Recht des Dritten mit Erfolg geltend gemacht, so steht dem Erwerber ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegen den Veräußerer zu." „Bei einem gegenseitigen Vertrage ist der Erwerber nach Maßgabe des §. 369 (vgl. §. 325 B.G.B.) berechtigt, vom Vertrage zurückzutreten"; und hierzu erläutern Mot. Bd. 2 S. 220/222: „Der Anspruch auf Verschaffung verwandelt sich in dem Zeitpunkte, in welchem das Recht des Dritten mit Erfolg geltend gemacht ist, definitiv in den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichtverschaffung. Aus praktischen Gründen kann und muß, nachdem die Sache einmal in die betreffende Lage gediehen ist, unterstellt werden, der Veräußerer sei zur Verschaffung außer Stande. — Daß ein Schadensersatzanspruch besteht, und wie dieser sich gestaltet, ergibt sich von selbst; bedenklich wäre, dem Erwerber (nur) das Recht einzuräumen, seine Leistung zurückzufordern (Windscheid §. 389 Note 8e, Dernburg §. 148 Note 6); derselbe könnte hierdurch bald zu viel, bald zu wenig erhalten . . . auch mit dem Rücktritte verfolgt Erwerber nur sein Interesse an der Nichterfüllung."

Nach gemeinem Recht und nach dem Recht des I. E. war es also zweifellos, daß der Käufer einer Sache, welcher das Eigentum an derselben anderweit erwirbt, dem Verkäufer den Kaufpreis nicht zu zahlen hat.

Und hieran hat das B.G.B. nichts geändert: die II. Kommission — K. Prot. Bd. 1 S. 660/664 — hat lediglich den Eviktionsstandpunkt des I. E. noch weiter begrenzt, nämlich „auf den Kauf einer beweglichen Sache oder eines mit der Befugnis zur Inhabung einer solchen verbundenen Rechtes" (vgl. §. 441 B.G.B.): „in diesen

Fällen (S. 663) könne dem Käufer ein Anspruch auf Schadenserſatz nur gewährt werden, wenn ihm der Beſitz der Sache durch den Dritten entzogen ſei oder wenn er die Sache dem Verkäufer zurückgewährt habe. Damit ſolle vermieden werden, daß der Käufer eine Entſchädigung wegen des Rechtsmangels erhalte und gleichzeitig im Genuſſe der Sache verbleibe"; „mit der Behandlung der im §. 376 I. E. und im Abſatz 2 des Antrags (S. 661 = §. 440 Abſ. 3 B.G.B.) erwähnten der Eviktion gleichgeſtellten Fälle erklärte ſich die Kommiſſion einverſtanden."

Demnach hat der gutgläubige Erwerber ſeinem Verkäufer gegenüber das Recht, die Zahlung des Kaufpreiſes abzulehnen, ſowie den gezahlten Kaufpreis zurückzufordern und Erſatz etwaigen weiteren Schadens zu verlangen.

Dieſes Schadenserſatzrecht iſt unter Umſtänden von hohem praktiſchem Werte: angenommen z. B., ein Sammler findet bei einem Verwahrer ein Exemplar einer ſeltenen Buchausgabe oder eines ſeltenen Gemäldes, — er glaubt, da die bisher bekannten Exemplare in bekannten Händen ſind, ein neues dem Inhaber gehöriges Exemplar entdeckt zu haben, und kauft vielleicht um einen hohen Preis dem treuloſen Verwahrer gutgläubig das von dieſem unterſchlagene Exemplar ab: der Sammler hat dadurch einen — vielleicht großen, vielleicht den Kaufpreis weit überſchießenden — Schaden erlitten, er würde dieſes Exemplar als eines der ſchon bekannten nicht gekauft haben: wie aber ſoll er — wenigſtens wenn die unterlegten Verhältniſſe zum Gegenſtande der Kaufvertragsberedung nicht gemacht wurden, — vom Boden der Theorie aus, daß der verfügende Nichtberechtigte dem gutgläubigen Erwerber das Eigentum verſchafft, zum Schadenserſatz kommen? —

Zu demselben Resultat müßte Kipp Bd. 2 S. 636/637 gelangen, wenn er den gutgläubigen Erwerb als einen Fall des „anderweiten Erwerbs" im Sinne des §. 440 Abs. 3 B.G.B. anerkennen würde; er führt aus: „ der §. 440 hat aber doch wohl insoweit eine selbständige Bedeutung, daß dem Käufer freigestellt wird, unabhängig von den Voraussetzungen der §§. 325, 326 dem Verkäufer die Sache zurückzugewähren und nunmehr wegen anfänglicher subjektiver Unfähigkeit des Verkäufers zur kaufmäßigen Verschaffung der Sache Schadensersatz, d. h. Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit des Verkäufers zu fordern. Den gleichen Standpunkt aber wird der Käufer auch dann einnehmen können, wenn er dem Drittberechtigten die Sache herausgegeben hat, sowie in den sonst gleichgestellten Fällen";

diese sonst gleichgestellten Fälle, in denen natürlich eine Rückgewähr der Sache nicht in Frage kommt, liegen vor, wenn der Dritte den Käufer oder dieser den Dritten beerbt oder „wenn der Käufer anders als durch Erbgang das Recht des Dritten erwirbt (gleichviel ob entgeltlich oder unentgeltlich)";

aber — meint Kipp — „wenn dem Käufer die verkaufte bewegliche Sache übergeben ist, so wird freilich vielfach die Haftung des Verkäufers schon deswegen ausgeschlossen sein, weil der Käufer in gutem Glauben und deshalb mangelfrei (932 ff.) erworben hat." —

Zum Gegenteil führt die hier vertretene Ansicht, welche den gutgläubigen Erwerb als einen rein originären erkennt und folgeweise unter den „anderweiten Erwerb" des §. 440 Abs. 3 B.G.B. subsumiert. —

Hat nun der gutgläubige Erwerber den Kaufpreis,

welchen zu zahlen er sich dem verfügenden Nichtberechtigten verpflichtet hatte, einbehalten oder zurückgefordert, so ist er auf Kosten des früheren Eigentümers bereichert: er hat zwar nicht durch die Leistung desselben, wohl aber „in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas erlangt" und zwar „ohne rechtlichen Grund" erlangt. —

In der II. Kommission war beantragt, den §. 748 Abs. 1 des I. E. B.G.B.: „Derjenige, aus dessen Vermögen nicht kraft seines Willens oder nicht kraft seines rechtsgültigen Willens ein anderer bereichert worden ist, kann, wenn hierzu ein rechtlicher Grund gefehlt hat, von dem andern die Herausgabe der Bereicherung fordern" — zu ersetzen durch die Fassung „Hat Jemand von Seite eines andern durch eine Leistung desselben oder in anderer Weise ohne rechtlichen Grund . . . erlangt, . . . so ist er dem andern zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet," K. Prot. Bd. 2 S. 684/685; der Antragsteller führte, — nachdem die Beratung zunächst darauf beschränkt war, ob der Ausdruck des I. E. B.G.B. „aus dem Vermögen" beibehalten oder durch die Worte „von Seiten" oder „auf Kosten" ersetzt werden sollte, — aus: „was man lediglich in seiner Inhabung habe, . . . könne nicht wohl zum Vermögen des Inhabers gerechnet werden; habe jemand eine ihm angefallene Erbschaft ausgeschlagen, so habe diese niemals zu seinem Vermögen gehört; (vgl. die Bemerkung der Mot. Bd. 2 S. 853 zu den [in §. 816 B.G.B. zusammengezogenen] §§. 839, 880 des I. E. K.Prot. Bd. 6 S. 200, Bd. 3 S. 215, 216): das Erfordernis des Erlangens aus dem Vermögen des Benachteiligten gebe aber noch zu einem andern Bedenken Anlaß. Derjenige, welcher etwas ohne rechtlichen Grund erlange, bekomme in vielen Fällen mehr als der Benach-

teiligte gehabt habe, er erlange den juristischen Besitz, während der Benachteiligte nur Inhaber gewesen sei, er erlange auf Grund seines gutgläubigen Besitzes durch Ersitzung das Eigentum oder werde durch seinen gutgläubigen Erwerb nach den §§. 837, 877 sofort Eigentümer der Sache, die er ohne rechtlichen Grund von einem Nichteigentümer erlangt habe. In diesen Fällen müsse er herausgeben, was er erlangt, nicht bloß was der andere Teil verloren habe."

Dann heißt es S. 685 weiter: „Die Mehrheit entschied sich für die Fassung „auf Kosten eines andern". Erwogen wurde: Die Fassung „auf Kosten eines andern" trage dem ersten der vorstehend erörterten Bedenken Rechnung; sie sei insofern weiter, als sie auch diejenigen Fälle mit umfasse, in denen das Objekt der Bereicherung, ohne bereits in das Vermögen des Kondictionsberechtigten übergegangen zu sein, doch den Vermögensstand desselben berühre . . . die seltenen, in dem zweiten Bedenken des Antragstellers hervorgehobenen Fälle brauchen nicht in Betracht gezogen, sondern können der Entscheidung durch die Rechtsprechung überlassen werden. Sie würden übrigens auch nicht durch die Fassung „von Seite" gedeckt. Andererseits könnte diese Fassung unter Umständen zu unbilligen Ergebnissen führen. Habe z. B. der debitor cessus in Unkenntnis der Cession an den Cedenten gezahlt, so müsse die Kondiktion dem Cessionar zustehen, während sie nach dem Antrage dem debitor cessus zustehen würde."

Lautete §. 812 B.G.B. „wer von Seiten eines andern durch eine Leistung desselben oder in anderer Weise . . . etwas . . . erlangt," so wäre ein Kondiktionsanspruch des früheren Eigentümers gegen den gutgläu-

bigen Erwerber (gerade so wie ein Anspruch des Cessionars gegen den die Zahlung empfangenden Cedenten) ausgeschlossen: die Fassung des Gesetzes „in sonstiger Weise auf dessen Kosten" gewährt aber gerade diesen Anspruch, zumal nicht bezweifelt werden kann, daß das Objekt der Bereicherung des gutgläubigen Erwerbers — sein Freisein von der Bezahlung des Kaufpreises — den Vermögensstand des früheren Eigentümers berührt: dem gutgläubigen Erwerber sind aus dem Leder des früheren Eigentümers zwei verschiedene Riemen zugeschnitten worden; einmal erwirbt er das Eigentum selbst: hier ist Heilung im Wege der Kondiktion ausgeschlossen; zum zweiten braucht er dem verfügenden Nichtberechtigten auch die versprochene Gegenleistung — den Kaufpreis — nicht zu bezahlen: dies wird durch den Kondiktionsanspruch des früheren Eigentümers ausgeglichen. —

Unwillkürlich gibt sich an dieser Stelle ein vergleichender Rückblick auf die Darlegung Iherings Jahrb. Bd. 16 (1878) S. 230/318: „Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache verpflichtet, nach deren Untergang dem Eigentümer derselben den gelösten Kaufpreis derselben herauszugeben?"; das Resultat dieser Abhandlung war, daß nach den Quellen nur dem untitulierten, den Besitz der Sache gegen Äquivalent auf einen andern übertragenden Besitzer nach dem physischen oder juristischen Untergang der Sache eine solche Haftung obliege S. 304 ff. und zwar merkt Ihering 306, 274 an, daß die Usucapion ebenso wie der Untergang der Sache die rei vindicatio beseitige, und trotzdem, — weil die Römer den Gedanken der verpflichtenden Kraft der grundlosen Bereicherung in prinzipieller Allgemeinheit nicht erfaßt hatten, — für den Fall, daß der andere die Sache usu-

capire, der übertragende Besitzer auf den Kaufpreis nicht zu haften habe.

Weit entfernt jedoch, daß die zu dieser Frage erwachsene umfangreiche Literatur (vgl. Windscheid-Kipp Bd. 2 §. 422 Anm. 4 und 8 und R.G. Bd. 25 S. 135) das Resultat Iherings acceptierte: es ist zu einem allgemein anerkannten Ergebnis überhaupt nicht gekommen; nur zwei Sätze können etwa als communis opinio angesehen werden, nämlich: daß die Usucapion der Sache durch den Käufer dem Untergang der Sache gleichsteht (l. 1 C. 4,51: Quod si ignoraverint, et eorum facti sunt, pretium eorum Julianum tibi solvere jubebit, vgl. Ihering l. c. S. 306 und Krüger in A. f. c. Pr. Bd. 63 S. 379 „beide Fälle sind seit der Glosse als gleichartig behandelt"), und daß jedenfalls ein bloßer Putativtitel den früheren redlichen Besitzer vor dem Kondiktionsspruch des früheren Eigentümers nicht schützt, l. 23 D. 12,1, Krüger A. f. c. Pr. Bd. 63 S. 387, R.G. 25 S. 135.

Dieses ganze theoretisch und praktisch eminente Problem, vgl. Eisele im A. f. c. Pr. Bd. 66 S. 1 ff., ist durch §. 816 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. einfach beseitigt, und die Motive Bd. 3 S. 224 begnügen sich zu §. 839 I. E. B.G.B. mit den kurzen Worten: „Die Verpflichtung des Nichtberechtigten, die Bereicherung, welche er durch die Veräußerung oder die Belastung des Rechtes oder durch eine auf Grund desselben an ihn erfolgte Leistung erlangt hat, an den Berechtigten herauszugeben, ist in der Billigkeit begründet; sie entspricht im allgemeinen auch dem geltenden Recht," (als Beispiel wird unter anderm angeführt Preuß. A.L.R. I. 15 §. 28 vgl. Hellwig im A. f. c. Pr. Bd. 68 S. 219/220, S. 231): und doch dürfte §. 816 Abs. 1

Satz 1 in den Quellen als Vorläufer haben nur l. 23 D. 12,1, l. 49 D. 3,5, (R.G. Bd. 13 S. 181/185), l. 1 C. 4,51, und die Bestimmung, daß, — wenn Fiskus, Regent oder Gemahlin eine fremde Sache veräußern, — der Käufer Eigentümer wird (si a fisco facta est venditio, fidem ejus infringi, minime rationis est, l. 2 C. 4,52), der frühere Eigentümer aber „contra sacratissimum aerarium", „adversus domos nostras" (l. 2,3 C. 7,37, §. 14 J. 2,6) Ersatzklagen hat, vgl. zu diesem Privileg Bekker Bd. 1 S. 109, Hellwig S. 99, Jhering l. c. S. 276, 314.

Vollends ohne jeden Vorgang im Römischen Recht ist §. 816 Abs. 1 Satz 2: ein Analogon wäre der Kondiktionsanspruch gegen den Usucapienten — vgl. Jhering l. c. S. 274/279, welcher natürlich nicht zugelassen werden kann, denn „eine condictio nach vollendeter Usukapion stünde in direktem Widerspruch mit dem Grundgedanken der Usukapion", vgl. Planck zu §. 937 Anm. 3; Krüger l. c. S. 384. —

Der Bereicherungsanspruch gegen den unentgeltlichen Erwerber wurde von der II. Kommission eingeführt als Ausgleich für die zwar schon im I. E. B.G.B. vorgesehene (Mot. Bd. 3 S. 211/212, 225), aber nur gegen starke Widerstände beschlossene Ausdehnung des Schutzes des guten Glaubens auf den unentgeltlichen Erwerb, K.Prot. Bd. 3 S. 82/84, 216, Bd. 6 S. 199/200, und dieser Kondiktionsanspruch bezweckt recht eigentlich den obligatorischen Schutz des früheren Eigentums, Jhering l. c. S. 239, und schiebt die Erwägung der Motive Bd. 3 S. 225: „Die Stellung des Erwerbers würde durch den persönlichen Anspruch aus der Bereicherung mindestens ebenso gefährdet sein wie durch den dinglichen Anspruch"

mit Rücksicht auf die Unentgeltlichkeit der Verfügung zur Seite. —

Wird hinzugehalten die Bestimmung des §. 822 B.G.B. und daß zu Gunsten derselben in der II. Kommission — K.Prot. Bd. 6 S. 212 — geltend gemacht wurde, „in der ungünstigeren Behandlung des auf Schenkung beruhenden Erwerbes komme ein gesunder rechtsgeschichtlicher Gedanke zum Ausdruck, der auch in manchen andern Bestimmungen des modernen Rechtes zu erkennen sei," so darf es nicht nur als unbedenklich, sondern als notwendige Folge angesehen werden, daß, — wenn, wie eben darzulegen versucht wurde, der gutgläubige Erwerber dem verfügenden Nichtberechtigten den Kaufpreis nicht zu zahlen hat, — der gutgläubige Erwerber zum Betrage dieses Kaufpreises ohne rechtlichen Grund auf Kosten des früheren Eigentümers bereichert ist.

Insoweit handelt es sich nicht um obligatorische Rückgängigmachung des dinglichen Erwerbs, — nicht um einen Widerspruch des Gesetzes mit sich selbst, wie er vorliegen würde, wenn ein Kondiktionsanspruch gegen den Usucapienten oder gegen den gutgläubigen Erwerber schlechthin angenommen wird, — nicht darum, daß das Gesetz mit der andern Hand wieder nimmt, was es mit der einen Hand gegeben hat, — sondern es handelt sich um einen den dinglichen Rechtserwerb völlig intakt lassenden weiteren, selbständigen, nebengelagerten Vorteil: Dieser und nur dieser allein soll dem gutgläubigen Erwerber von dem früheren Eigentümer wieder entzogen werden, — und dies ist gegenüber den Bestimmungen in §. 816 Abs. 1 Satz 2 und 822 B.G.B. ein minus: denn der Dritte im Sinne des §. 822 hat auf einen rechtlichen Grund hin erlangt: vgl.

K.Prot. Bd. 2 S. 212: „Die Zuwendung rechtfertigt zwar den Übergang des zugewendeten Gegenstandes aus dem Vermögen des Zuwendenden in das Vermögen des Empfängers; sie rechtfertigt aber nicht die Bereicherung des letzteren auf Kosten des Benachteiligten." —

Das B.G.B. hat die verpflichtende Kraft der ungerechtfertigten Bereicherung in prinzipieller Allgemeinheit erfaßt, Jhering l. c. S. 307, die §§. 812, 822 treten uns entgegen als ein einheitliches, von einem Grundgedanken beherrschtes Gebilde, Krüger l. c. S. 382; und es ist insbesondere unzutreffend, wenn Hellwig B. S. 135/136 lehrt: „Die Bestimmung des §. 812 („in sonstiger Weise") enthält eben keinen Rechtssatz, aus welchem ohne Hinzukommen anderer gesetzlicher Bestimmungen ein Anspruch auf die Bereicherung abgeleitet werden könnte . . . Um anzunehmen, daß etwas „in sonstiger Weise" ohne rechtlichen Grund erlangt ist, bedarf es einer derartigen gesetzlichen Anerkennung der Haftung. Die Normen des 24. Titels „Ungerechtfertigte Bereicherung" kommen für diese Fälle nur insofern in Betracht, als es sich um den in §§. 818/821 bestimmten Inhalt und Umfang der Haftung handelt." —

Das Umgekehrte wird richtig sein:

Das Gesetz hat im einzelnen zu sagen, — nicht, was „ohne rechtlichen Grund" erlangt ist (wie könnte es alle die Möglichkeiten dieser Negative ausfindig machen und erschöpfen?), sondern was mit rechtlichem Grunde erlangt ist, — es hat die rechtlichen Gründe, auf welche hin eine Vermögensverschiebung erfolgen darf, anzuführen und auszuführen, und jeder Tatbestand, der einen dieser rechtlichen Gründe nicht darstellt, ist eine Bereicherung ohne rechtlichen Grund, sei's durch die Leistung des

andern sei's in „sonstiger Weise"; schon Kipp Bd. 2 S. 819/820, — der im übrigen Hellwig zustimmt und nur meint, Hellwig stelle an die Ableitung der Rechtlosigkeit der Bereicherung aus dem Text des Gesetzes zu strenge Anforderungen, — bemerkt: „wer fremdes Brot verzehrt in dem entschuldbaren Irrtum, es sei sein eigenes, haftet aus unerlaubter Handlung nicht; niemand aber wird bezweifeln, daß er wegen ungerechtfertigter Bereicherung in Anspruch genommen werden kann, ein Satz, für welchen Hellwig, wenn ich recht sehe, in seinem System keinen Platz findet"; und wie stünde es vom Standpunkt Hellwigs aus mit den Beispielen Iherings l. c. S. 317: „Die Abgabe einer Sache an den Unrechten, das Stehen- und Liegenlassen von Sachen, die unter die unsrigen gekommen sind und die wir fälschlich für eigen gehalten und als solche konsumiert haben?" —

b) Nach der hier vertretenen Ansicht hat der gutgläubige Erwerber, welcher dem verfügenden Nichtberechtigten den Kaufpreis bezahlt hat, ein Rückforderungsrecht: Dieser Anspruch konkurriert mit dem Kondiktionsanspruch des früheren Eigentümers aus §. 816 Abs. 1 Satz 1, so daß diesfalls dem verfügenden Nichtberechtigten zwei Gläubiger auf dieselbe Leistung — die Herausgabe des empfangenen Kaufpreises — gegenüberstehen.

Dieses ist ein Fall einer aktiven Solidarobligation in gemeinrechtlichem Sinne: jeder der beiden Gläubiger hat ein selbständiges Forderungsrecht, — mit Leistung an einen von ihnen ist der Zweck, dem verfügenden Nichtberechtigten den durch die rechtswidrige Verfügung erlangten Kaufpreis zu entwinden, erreicht und der Schuldner befreit, — unbeschadet natürlich der anderweiten Verpflichtung des Schuldners, des verfügenden Nichtberechtigten,

falls er in bösem Glauben war, insbesondere durch die Verfügung ein Delikt beging, dem früheren Eigentümer allen sonstigen Schaden zu ersetzen, und unbeschadet ebenso natürlich der Verpflichtung des Schuldners, auch dem gutgläubigen Erwerber etwaigen weiteren Schaden gemäß §. 440 Abs. 2 zu ersetzen: diese weiteren Schadensersatzansprüche der beiden Gläubiger können unter den Gesichtspunkt aktiver Solidarobligationen nicht gebracht werden, vgl. Jhering, Jahrb. Bd. 24 S. 133.

Der gutgläubige Erwerber und der frühere Eigentümer sind zum Betreff des in die Hände des verfügenden Nichtberechtigten gelangten Kaufpreises Gesamtgläubiger, jeder kann den ganzen Kaufpreis herausfordern, insbesondere kann der verfügende Nichtberechtigte gegenüber dem gutgläubigen Erwerber nicht einwenden, daß derselbe durch die Rückerlangung des Kaufpreises seinerseits eine ungerechtfertigte Bereicherung gewinne: denn diese Rechtslage des gutgläubigen Erwerbers ist lediglich ein Verhältnis zwischen ihm, dem gutgläubigen Erwerber, und dem früheren Eigentümer, — welches eine „andere Bestimmung" im Sinne des §. 430 B.G.B. enthält, also die gleiche Berechtigung dieser Gesamtgläubiger im Verhältnis zueinander ausschließt, für den Schuldner, den verfügenden Nichtberechtigten, jedoch eine res inter alios agenda darstellt. —

Auch die Anwendung der weiteren Bestimmungen der §§. 428/429 B.G.B. dürfte zu angemessenen Resultaten führen: wenn insbesondere der gutgläubige Erwerber dem verfügenden Nichtberechtigten die Schuld, die Rückzahlung des Kaufpeises, im Sinne des §. 423 erläßt, so hat der verfügende Nichtberechtigte den Kaufpreis nicht mehr durch die Verfügung, sondern durch den Erlaß erlangt, und auch

wenn der Erlaß schenkweise erfolgte, bleibt der Schuldner, der verfügende Nichtberechtigte, dem früheren Eigentümer gegenüber befreit, weil hierdurch der Tatbestand des §. 822 nicht erwachsen ist: immer bewirkt der Erlaß, daß dem Rechtsverlust des früheren Eigentümers nur die ungerechtfertigte Bereicherung des gutgläubigen Erwerbers um den Kaufpreis gegenübersteht, gerade so wie wenn der gutgläubige Erwerber den Kaufpreis einbehalten, der verfügende Nichtberechtigte also durch die Verfügung noch nichts erlangt hat. —

c) Die Durchführung der vom verfügenden Nichtberechtigten gegen den gutgläubigen Erwerber auf Zahlung des Kaufpreises erhobenen Klage ist für den Fall des Ausbleibens des Beklagten dann eine glatte, wenn die Klagschrift lediglich den Abschluß des Kaufvertrages anführt: dies ist schlüssig — vgl. Planck zu §. 320 Anm. 1 —; es wird durch Versäumnisurteil nach dem Antrage erkannt. —

Wie aber? wenn der Kläger, etwa um die Richtigkeit der Hellwigschen Theorie zu erproben, in der Klagschrift weiter vorträgt, die von ihm verkaufte und durch dinglichen Vertrag und Übergabe an den Beklagten veräußerte Sache sei eine fremde gewesen: er — der Kläger — habe die Sache verkauft und veräußert, weil er sie in gutem Glauben für seine eigene gehalten habe, oder: er habe sie veräußert, obschon sie ihm von dem wahren Eigentümer nur vermietet oder sonst anvertraut war, er habe die Sache also allerdings unterschlagen: der Beklagte sei aber gutgläubiger Erwerber gewesen: er, der Kläger, habe demnach jedenfalls dem Beklagten das Eigentum an der Sache „verschafft". —

Hier wird zu unterscheiden sein. —

Die Veräußerungsverfügung des bösgläubigen Nichtberechtigten ist, weil gegen ein gesetzliches Verbot und gegen die guten Sitten verstoßend, nichtig, die des gutgläubigen Nichtberechtigten ist nach der Terminologie des B.G.B. nicht nichtig, sondern nur unwirksam. —

Der Unterschied zwischen Nichtigkeit und Unwirksamkeit (welch' letztere oben als Nichtigkeit wegen Rechtlosigkeit bezeichnet wurde) besteht jedenfalls darin, daß nur „dem nichtigen Geschäft der Gedanke der gesetzlichen Mißbilligung anhaftet", vgl. Leonhard, Allg. Teil S. 434: die gutgläubige Veräußerung einer fremden Sache dagegen ist nicht vom Gesetz mißbilligt, sondern sie bleibt kraft des Satzes „nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet" nur „ohne die im Geschäftsinhalte bestimmten Wirkungen", Leonhard, ebenda S. 431.

Der Richter wird also das weitere Anführen des gutgläubigen Verkäufers, obwohl aus demselben schlüssig erhellt, daß der Kläger den Kaufvertrag nicht erfüllt hat, daß sogar infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes die Erfüllung nunmehr unmöglich ist, und daß dem Beklagten die Rechte aus §§. 325, 440 Abs. 2 zustehen, — nicht von Amtswegen zu beachten, es vielmehr dem Beklagten zu überlassen haben, ob und welche Einwendungen er aus dieser Unwirksamkeit der Veräußerungsverfügung herleiten will; vgl. Düringer-Hachenburg, H.G.B. Bd. 2 S. 33 Abs. 3.

Anders dagegen steht es mit dem Vorbringen des bösgläubigen Verkäufers: sowohl sein obligatorisches Kaufgeschäft als seine Veräußerungsverfügung sind gesetzlich verboten und unsittlich, auch das erstere besteht zu Recht nur so weit und nur zu dem Zwecke, um gegen ihn die

Rechtsfolgen des Schadensersatzes ableiten zu können, — nicht, um ihm auf Kosten des wahren Eigentümers Rechte gegen seinen gutgläubigen Gegenkontrahenten zu geben; diese Rechtslage hat der Richter von Amtswegen zu berücksichtigen (vgl. R.G. Bd. 44 S. 54, Seuff. A. Bd. 49 Nr. 83 S. 155) und die Klage gemäß §. 331 Abs. 2 Satz 2 C.P.O. abzuweisen.

§. 7.

Konkursordnung §. 46.

Eine Probe der hier vertretenen Ansicht bildet die Anwendung derselben auf §. 46 Konkursordnung (gleichlautend mit §. 38 alt.). —

Hellwig tadelt, A. f. c. Pr. Bd. 68 S. 245 Anm. 40, 246, daß in den Motiven zu §. 59 Nr. 3 „anscheinend alle Ansprüche aus §. 46 als Beispiel einer grundlosen Bereicherung der Masse aufgefaßt werden," (die Motive sagen wörtlich: „Der Anspruch [des §. 59 Nr. 3] entsteht dadurch, daß ohne Rechtsgrund die Masse bereichert worden ist . . . Auch der Fall ist ein Beispiel, daß fremde Sachen aus der Konkursmasse verkauft worden sind [Entwurf §. 38 = 46 K.O.]), und führt im besonderen aus: „Darüber, ob eine Forderung eine Konkursforderung im Sinne des §. 3 Abs. 1 K.O. ist, entscheidet lediglich der Umstand, ob die die Forderung begründenden Tatsachen vor der Konkurseröffnung eintraten, mag auch durch später eintretende Ereignisse der Gegenstand dieser Forderung sich verändern. Deshalb kann der Umstand, daß der Verwalter die Forderung realisiert, die Qualität des dem Aussonderungsberechtigten durch die Veräußerung vor dem Konkurse bereits erworbenen Anspruchs nicht ändern. Also ist es unzutreffend, in der Einziehung einer solchen

Forderung eine rechtlose Bereicherung der Masse zu finden. An dieser falschen Auffassung vieler Kommentatoren tragen wohl die Motive zu §. 46 K.O. die Schuld, welche sagen: „denn letzterenfalls ist es wieder die Masse, zu welcher die rechtliche Bereicherung erst geflossen ist." —

Für das neue Recht und für unsern Fall ist die Auffassung der Motive aber sicher wahr: der frühere Eigentümer hat gegen den vor der Konkurseröffnung verfügenden Nichtberechtigten den Anspruch auf Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten nach §. 816 Abs. 1 Satz 1 B.G.B.: hat der Nichtberechtigte den Kaufpreis schon *vor* der Konkurseröffnung eingezogen, so hat *er* denselben erlangt: der frühere Eigentümer kann also nur als Konkursgläubiger auftreten; hat aber erst der Konkursverwalter nach Eröffnung des Konkursverfahrens den Kaufpreis eingezogen, so hat *erst die Masse* durch die frühere Verfügung des nichtberechtigten Gantmannes den Kaufpreis erlangt, *sie* ist nach §. 59 Nr. 3 K.O., 816 Abs. 1 Satz 1 ungerechtfertigt bereichert.

Es ist deshalb die Bestimmung des §. 46 Satz 2 K.O. vom gesetzgeberischen Standpunkt nicht ungerechtfertigt, wie *Hellwig* l. c. S. 246 Abs. 2 meint, sondern durchaus folgerichtig und der Sachlage entsprechend. —

Nun hebt aber §. 46 Satz 2 K.O. den Anspruch auf die nach der Eröffnung des Verfahrens eingezogene Gegenleistung über das Niveau eines gewöhnlichen Bereicherungsanspruchs hinaus: die Worte „Er kann die Gegenleistung aus der Masse beanspruchen" in §. 46 Satz 2 K.O. bedeuten nämlich *nicht*, — wie *Hellwig* l. c. S. 243 und *Jäger*, K.O., Anm. 17 zu §. 46 auslegen, — daß den Gegenstand des Anspruchs nur „eben das, was für den veräußerten Gegenstand geleistet worden ist", nur „der

konkrete, noch unterscheidbar in der Masse vorhandene Leistungsgegenstand" bilden solle, so daß bei Weiterveräußerung dieses Leistungsgegenstandes durch den Konkursverwalter oder bei ununterscheidbarer Vermengung (z. B. des geleisteten Geldes) mit andern Massegegenständen der Anspruch entfiele und nur noch sei's eine Konkursforderung sei's eine Masseschuld übrig bliebe: von einer solchen Beschränkung des Anspruchs ist in den Motiven keine Rede, und Oetker, Busch Z. Bd. 25 S. 72, bemerkt zutreffend: „Diese Voraussetzung, daß die Gegenleistung noch unterscheidbar in der Masse vorhanden ist, — würde, da die Gegenleistung ganz regelmäßig in Geld bestehen wird, nur in Ausnahmefällen zutreffen. Und auf solche will der Gesetzgeber gewiß nicht seine Anordnung beschränken"; ... jene Worte bedeuten vielmehr, daß die Masse diese zu ihr eingezogene Gegenleistung schlechthin, — auch wenn sie je nicht mehr um dieselbe bereichert sein sollte, — herauszugeben oder zu ersetzen hat, — daß, wie die Motive sich ausdrücken, die Gegenleistung dem Berechtigten „gesichert" sein sollte, — daß also die Bestimmung des §. 818 Abs. 3 B.G.B. auf diesen Anspruch keine Anwendung findet. —

§. 46 S. 2 K.O. besagt also mehr, als sich aus §. 59 Nr. 3 K.O. ergeben würde (gegen Jäger Anm. 2 zu §. 46), — und ebendarum, weil es sich zutreffenden Falles und sogar meistens um reinen Gelderſatz für die einbezogene und konkret nicht mehr vorhandene Gegenleistung handelt, dürfte es nicht angemessen sein, den Fall des §. 46 als „Ersatzaussonderung" zu bezeichnen; gegen diese Terminologie sprechen weiter die von Oetker l. c. S. 74 dargelegten Gründe, welche durch Jäger Anm. 3 zu §. 46 und Anm. 34 zu §. 43 nicht erschüttert sein dürften, wie sofort noch des weiteren erhellen wird. —

Wie steht es nämlich mit diesem „Ersatz für den Vindikationsanspruch" (so die Motive), mit diesem „Surrogat für vereitelte Aussonderungsansprüche" (so Oetker l. c. S. 72) im Falle des §. 46 Satz 1 K.O.? —

Ob durch Veräußerung einer fremden Sache „ein Recht auf die Gegenleistung" begründet wird, bestimmt sich lediglich nach bürgerlichem Rechte (Hellwig l. c. S. 240, 241), und aus dem zuvor Ausgeführten ergibt sich, daß, falls der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung oder der Konkursverwalter eine fremde Sache gut- oder schlechtgläubig als eine dem Kridar gehörige unbefugt verkauft haben, ein Recht auf die Gegenleistung gegen den gutgläubigen Erwerber nicht besteht: eine „Abtretung" eines solchen Rechtes an den früheren Eigentümer ist also undenkbar, — und der frühere Eigentümer bedarf einer solchen Abtretung auch nicht, — er hat ein eigenes aus §. 812 B.G.B. fließendes Recht gegen den gutgläubigen Erwerber auf Herausgabe der von diesem für die Sache versprochenen Gegenleistung; der Fall des Verkaufs einer fremden Sache an einen gutgläubigen Erwerber fällt also völlig außer den Rahmen des §. 46 Satz 1 K.O., — und es entfällt damit insoweit jeder Anlaß zu der bedenklichen Konstruktion, welche Oetker l. c. S. 73 darlegt. —

Offenbar von der Anschauung aus, daß durch Veräußerung einer fremden Sache ein Recht auf die Gegenleistung auch gegen den gutgläubigen Erwerber erwächst, geht diese Konstruktion dahin: „Hatte der Gemeinschuldner vor dem Konkurse veräußert, so besteht eine Pflicht des Verwalters zur Einbeziehung des Rechts auf die Gegenleistung in die faktische Masse schon deshalb nicht, weil dem Gemeinschuldner die Veräußerungsbefugnis gefehlt

hat; . . . das Gesetz gibt den Abtretungsanspruch schlechthin, mag das abzutretende Recht in die Istmasse gezogen worden sein oder nicht . . . In Wahrheit erhält der Verwalter, wenn das Recht nicht in der faktischen Masse ist, Dispositionsbefugnis über ein Nichtmasseobjekt, über konkursfreies Vermögen des Gemeinschuldners. Darin liegt die Anomalie." —

Wenn aber das Gesetz auf die Massekonstituierungspflicht des Verwalters abstellt, welche Gegenstände der Sollmasse zur Istmasse zu beziehen sind, . . . wenn Sollmasse nicht identisch ist mit Pflichtmasse, Oetker, l. c. S. 9, 15, — und wenn nun der Verwalter über diesen Gegenstand der Sollmasse — das durch die unberechtigte Veräußerung angeblich erworbene Recht auf die Gegenleistung — pflichtmäßig dahin disponiert, daß er, um die Masse nicht auf Kosten eines Dritten zu bereichern, dieses Recht auf Gegenleistung vom Konkurse freigebe, — dann ist es doch ein grober Selbstwiderspruch, wenn das Gesetz in §. 46 bestimmen würde, der Verwalter habe nun dennoch über das freigegebene Recht zu disponieren und zwar anderweit zu disponieren, nämlich es dem Aussonderungsberechtigten abzutreten; und ein solcher Selbstwiderspruch wird auch durch die Rücksicht auf wirksamen Rechtsschutz für den Aussonderungsberechtigten keineswegs, wie Oetker meint, erklärt: denn wenn der Verwalter die Freigabe dem Dritten Aussonderungsberechtigten und dem Gemeinschuldner unzweideutig erklärt, dann bedarf der dritte Aussonderungsberechtigte, der frühere Eigentümer, keiner weiteren Kautelen.

Das Gesetz wird auf dem Boden des neuen Rechtes anders auszulegen sein: §. 46 Satz 1 trifft — nach Ausscheidung des Falles der unberechtigten Veräuße-

rung einer fremden Sache an einen gutgläubigen Erwerber — nur noch Veräußerungen, zu denen der Gemeinschuldner bezw. der Verwalter befugt war (z. B. als Geschäftsbesorger, abgesehen von privater Beauftragung des Verwalters, Oetker l. c. S. 78), und durch welche dem Gemeinschuldner bezw. der Masse das Recht auf die Gegenleistung gerade so erwächst, wie dem Kommissionär im Falle des §. 392 Abs. 1 H.G.B., vgl. Hellwig l. c. S. 251/252, der nur, wie bereits bemerkt, zum Betreff des §. 46 Satz 2 (Beschränkung auf die konkrete Sache) fehlgeht. —

Dieses Recht auf die Gegenleistung gehört nicht nur zur Sollmasse, sondern auch zur Pflichtmasse und wird vom Gesetz als zur Istmasse eingezogen unterstellt; und dieses Recht auf die Gegenleistung hat der Verwalter auf Verlangen des Aussonderungsberechtigten nicht auszusondern, d. h. aus der Masse als nicht in dieselbe gehörig auszuscheiden (wie Forderungen des Kommissionärs aus den von ihm abgeschlossenen Geschäften im Konkurse des Kommissionärs für den Kommittenten als diesem kraft fingierter Cession bereits gehörig auszusondern sind), sondern im Gegenteil hat der Verwalter in Ausübung seines Verwaltungsrechts über dieses Recht zu verfügen, nämlich es dem Aussonderungsberechtigten abzutreten; wenn Jäger l. c. Anm. 2 zu §. 46 (mit Fußnote) und Anm. 26 zu §. 43 unter Berufung auf den gelegentlichen Ausdruck in R.G. Bd. 40 S. 87 Zeile 5 („abtreten müssen") meint, eine auszusondernde Forderung sei abzutreten, so verwischt er den Unterschied zwischen Aussonderung und Abtretung (wer aussondert und auszusondern verpflichtet ist, darf gerade nicht verfügen), und zwischen §. 46 Satz 1 K.O. und §. 392 Abs. 2

H.B.G., während er doch selbst Anm. 14 zu §. 46 hervorhebt, daß es sich in §. 46 Satz 1 K.O. um cessio necessaria, nicht um cessio legis handelt, — und während jeder Analogieschluß aus der einer klaren und durchgreifenden Durchbildung entbehrenden Ausnahmebestimmung des §. 392 Abs. 2 H.G.B. unstatthaft ist; vgl. Oetker l. c. S. 74/75. —

Allerdings decken sich hienach Satz 1 und Satz 2 des §. 46 K.O. nicht: Satz 1 hat mit Veräußerungen fremder Sachen durch einen Nichtberechtigten an einen gutgläubigen Erwerber nichts, sondern nur mit befugten Veräußerungen zu tun, Satz 2 deckt die Einziehung der Gegenleistung zur Masse auch im Falle der unbefugten Veräußerung an einen gutgläubigen Erwerber; in diesem letzteren Falle schlägt der Gesichtspunkt der rechtlosen Bereicherung ein, — im übrigen aber trifft der positive Begriff der rechtlosen Bereicherung nicht zu, da eben ein Recht des Gemeinschuldners und eine zur Realisierung dieses Rechts, also auf einen rechtlichen Grund hin, der Masse zugeflossene Gegenleistung in Frage steht, vgl. Hellwig l. c. S. 245/246.

Aber es handelt sich um eine Durchbrechung der formellen rechtlichen Gesichtspunkte, gerade so wie das Gesetz aus der Differenz zwischen abstraktem und kausalem Geschäft und aus der Differenz zwischen der Kraft des guten Glaubens und dem Interesse des früheren, eben durch den guten Glauben des Erwerbers erloschenen Eigentums die Kondiktion resultieren läßt.

Formell steht das Recht auf die Gegenleistung dem Gemeinschuldner, also die eingezogene Gegenleistung der Masse zu: wenn aber erst die Masse es ist, welche die Gegenleistung einziehen soll oder eingezogen hat, dann

ist der materielle Erfolg des Geschäfts, welcher zum letzten Ende dem Eigentümer gebührt, — dem Vermögen des Gemeinschuldners erst zugewachsen zu einer Zeit, zu welcher dieses Vermögen bereits *unter amtliche Verwaltung* gestellt war: auf die schließliche Zuständigkeit und auf diesen Zeitpunkt des materiellen Erfolges sieht das Gesetz und erachtet es für unbillig, daß *die amtliche Verwaltung* die Gegenleistung an sich reißt, um sie *nicht* an den Eigentümer abzuführen, sondern allen Konkursgläubigern — dem Eigentümer nur zu seiner Konkursdividende — zukommen zu lassen: diesfalls hätte sich die amtliche Verwaltung des formellen Rechtes wissentlich und absichtlich als eines Instrumentes behufs materiell ungerechtfertigter Bereicherung der Masse auf Kosten des Eigentümers bedient: einem solchen Gebahren der Verwaltung beugt §. 46 K.O., um den Schutz fremden Eigentums vollkommen zu machen, vor.

Völlig anders liegt die Sache, wenn bereits der Gemeinschuldner selbst vor der Eröffnung des Konkursverfahrens die Gegenleistung empfangen hat: diesen Fall von der Schutzvorschrift des §. 46 auszunehmen hatte der Gesetzgeber völlig recht (gegen Hellwig l. c. S. 246), denn hier ist zur Zeit der Konkurseröffnung der Dritte, der die Gegenleistung schuldete, bereits ausgeschaltet; . . . es handelt sich nur noch um die Abwickelung zwischen dem Eigentümer und dem Gemeinschuldner, und warum insoweit der Eigentümer an dem allgemeinen Lose der Konkursgläubiger nicht soll teilnehmen müssen, — warum die dem Eigentümer bereits zur Zeit der Konkurseröffnung zustehende, auf Überführung der Gegenleistung gerichtete, sei's Kontraktsklage, sei's condictio sine causa vor anderen Konkursforderungen privilegiert sein soll, ist nicht ersicht-

lich; — hier ist der Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung der Masse ausgeschlossen, sowohl selbstverständlich, wenn ausgegangen wird von dem positiven Begriff der ungerechtfertigten Bereicherung in §. 812 B.G.B. als auch, wenn gefragt wird, ob nicht durch seitens der Konkursverwaltung betätigte Akte des formellen Rechtes die Masse erhält, was ihr materiell nicht zukommt. —

§. 8.

Analoge Anwendung.

Ein verhängnisvoller Fehler war es, als die römisch-rechtliche Usucapionslehre das Erfordernis des Titels fallen und die bona fides genügen ließ (l. 11 D. 41, 4 Quod vulgo traditum est, eum qui existimat se quid emisse nec emerit, non posse pro emtore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam justam causam eius erroris emtor habeat); dieser Fehler belastete die Jahrhunderte, — die Praxis mit jähen Schwankungen, — die Theorie mit immer aufs neue wuchernden und immer ungelöst gebliebenen Streitfragen.

Einen diesem Fehler analogen Schritt ins Unbestimmte und Unbestimmbare will Wendt, A. f. c. Pr. Bd. 89 S. 67/84 zum Betreff der Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, machen: er will, „um den gesamten möglichen Inhalt der in dem Worte „des Nichtberechtigten" liegt, auszuschöpfen" (S. 40), „aus der römischen Ersitzungslehre Beleg und Beweis für den jetzigen gutgläubigen Erwerb entnehmen" (S. 67), und er will seine diese Ausschöpfung enthaltende Behauptung — „daß auch der Irrtum über die vermeintliche Veräußerungsbefugnis und Verfügungs-

gewalt eines Nichteigentümers sehr wohl den Schutz des guten Glaubens verdiene, so oft nur an diesem selbst kein Bedenken besteht" (S. 24), — und daß §. 366 H.G.B. kein handelsrechtliches Sonderrecht sei, S. 68, — durch Berufung auf l. 109 D. 50, 16 („aut putavit eum qui vendidit jus vendendi habere) und l. 14 D. 41, 4 („si credidisset, mandatu fratris venisse") erhärten, S. 57, 67, indem er die Richtung seines Weges selber beleuchtet mit den Worten: „Oder sollte nicht die ganze Frage mehr auf das subjektive Gebiet gehören? d. h. auf die Frage des guten Glaubens?" S. 73.

Gegen diesen Versuch, einen alten Irrtum wieder zu erneuern und in eine von den Schöpfern des B.G.B. und vom B.G.B. selbst glücklich und wissentlich vermiedene Entgleisung auf dem Flügelschuh der Analogie (Wendt S. 69/71) wieder hineinzugeraten, — gilt es zu rufen: „Caveant consules! vestigia terrent!"

Es gilt zu erwägen, welche Tatsachen auf Seiten des Gesetzgebers vorliegen, und was bei der Wendt'schen Erstreckung der beregten Schutzvorschriften auf dem Spiele steht. —

a) Den Motiven war wie die Tatsache so die Bedenklichkeit des Putativtitels bei der Usucapion wohl bekannt; sie sagen Bd. 3 S. 350 wörtlich: „Putativtitel und Erbschaftstitel werden zugelassen; damit wird eine feste Abgrenzung der dem Eigentumserwerbe entgegenstehenden Mängel, deren Einfluß durch die Ersitzung beseitigt wird, aufgegeben." —

b) Zwischen der Usucapion und den Schutzvorschriften zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers finden die Motive einen so engen inneren Zusammenhang, daß sie Bd. 3 S. 352 den gutgläubigen Erwerb als „an die Stelle der

ordentlichen Ersitzung tretend" bezeichnen und sich Bd. 3 S. 342 dahin auslassen: „Die aus dem Satz „Hand wahre Hand" sich ergebende Rechtsgestaltung ist von der Römischen Rechtsgestaltung im Resultate nicht zu sehr verschieden. Wenn man in der letzteren das Erfordernis der Vollendung der Usucapion streicht und die Ausschließung der Usucapion bei der res furtiva berücksichtigt, so kommt man im großen und ganzen zu derjenigen Rechtsgestaltung, welche als die deutsch-rechtliche bezeichnet zu werden pflegt;" wozu Gierke, Entwurf, S. 337, anmerkte: „Diese Deduktion stehe ungefähr auf gleicher Stufe mit der Erwägung, eine Eiche würde, falls sie nur statt der Eicheln Äpfel trüge, im praktischen Ergebnis einem Apfelbaum ähneln."

c) Die den Sprüchwörtern „Hand muß Hand wahren" und „wo einer seinen Glauben gelassen, da muß er ihn wieder suchen" zu Grunde liegenden deutschen Rechtssätze waren wie theoretisch so als vielfach geltendes Recht bekannt, Mot. Bd. 3 S. 342. —

d) Obwohl von Anfang an niemand im Zweifel sein konnte, daß das Pfandrecht eben die Verkaufsbefugnis begründet (§. 1228 B.G.B. Wendt S. 62/63), (daß das moderne Pfandrecht mit seiner dinglich geschützten Verkaufsbefugnis nichts anderes ist, als eine an eine Suspensivbedingung geknüpfte Ermächtigung zur Übertragung des Eigentums, hatte schon Jhering, Jahrb. Bd. 10 (1871) S. 535 betont), findet sich in den Motiven und Kommissionsprotokollen keine Spur davon, daß der gute Glauben an die Bevollmächtigung oder Beauftragung des Veräußerers zum gutgläubigen Erwerb einer fremden Sache genüge, und daß §. 1244 nur eine Einzelanwendung eines solchen allgemeinen Prinzips sei, und die Denkschrift zum Entwurf eines H.G.B. sagt ausdrücklich, daß

§. 366 H.G.B. über das Bürgerliche Recht hinausgeht, Wendt S. 34, 68. —

e) Die Motive zu §. 309, 310 des I. E. — welche in §. 185 B.G.B. aufgingen, — lauten Bd. 2 S. 139 „Der Satz, daß die von einem Dritten in eigenem Namen über das Recht eines andern getroffene Verfügung (das dingliche Rechtsgeschäft) konvalesziert, ... ist keineswegs selbstverständlich, müßte vielmehr nach strenger Rechtslogik verneint werden, da an sich niemand über fremdes Gut wirksam verfügen kann"; — Mot. Bd. 4 S. 238 stellen zu §. 1305 des I. E. = §. 1404 B.G.B. fest: „Die Grundsätze über den Schutz des guten Glaubens sind selbst nur eine Ausnahme von einem andern Prinzipe und in dem Gesetzbuche auch keineswegs für alle Fälle, z. B. nicht bei der Übertragung von Forderungen, zur Anerkennung gelangt."

f) K.Prot. Bd. 1 S. 97, 389:

„Es empfehle sich nicht, den Schutz des guten Glaubens zu einem allgemeinen Rechtsprinzipe zu erheben, zumal dadurch die Begründung der möglichst zu vermeidenden relativen Rechtsverhältnisse gefördert werden würde. Wenn sich auch im gemeinen Rechte vereinzelte Stimmen für die Erweiterung des Schutzes der bona fides im Sinne der Antragsteller (für Scheingeschäfte) geäußert hätten, so sei doch nicht anzunehmen, daß sich die Wissenschaft in dieser Richtung fortentwickeln werde, und daß die Aufstellung eines entsprechenden Rechtssatzes dem modernen Rechtsbewußtsein entgegenkomme. Sollte sich neben den Bestimmungen des Entwurfs über den redlichen Erwerb von Rechten an beweglichen Sachen und an Grundstücken noch in einzelnen Fällen, wie möglicherweise bei der Abtretung einer Schein-

forderung und bei dem Scheindarlehen, ein besonderes Bedürfnis weiterer Fürsorge ergeben, so werde sich durch Spezialvorschriften Abhilfe schaffen lassen." —

Und trotz alles dessen hat Wendt das Inkrafttreten des B.G.B. mit der Deduktion begrüßt, daß unter dem Nichtberechtigten auch der (fälschlich, aber) gutgläubig für bevollmächtigt oder beauftragt gehaltene Veräußerer verstanden werden könne und müsse; (bei Veräußerung von Mündelvermögen durch den Vormund, Wendt S. 81, ist übrigens das Mündel, nicht der Vormund der Veräußerer, es handelt sich also bei Mitveräußerung fremder Sachen nicht um irrtümliche Annahme einer Verfügungsgewalt des Veräußerers).

Die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, sind aber gerade so wie Art. 306, 307 H.G.B. alt. und der römische Satz über den Erwerb vom Fiscus jus singulare (gegen Wendt S. 70), — sie sind eine lokale Abweichung von dem an sich allgemeinen Prinzip, daß niemand über fremdes Gut verfügen kann, — sie sind contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem eingeführt, l. 16 D. 1,3, Jhering, Geist, §. 39 S. 337/343, — sie sind ihrer Natur und Bestimmung nach gerade nicht die nur historische, zufällige Erscheinungsform eines allgemeinen Rechtsgedankens: denn welche Eigentumsordnung könnte bestehen, wenn der gute Glaube des Erwerbers im allgemeinen das wirkende Prinzip des Eigentumserwerbes ist? — sie sind der analogen Anwendung unfähig, — die einzelnen gesetzlichen Fälle sind rein positiv und als Stoff zu einem Extrakt eines allgemeinen Rechtsgedankens ungeeignet. —

Die gegenteilige Ansicht verkennt, daß alles, was dem guten Glauben konzediert wird, der Tasche des Eigen-

tümers genommen wird: und welche Gesetzes- oder Rechtsanalogie könnte es wagen, das gute, auf positives Gesetz gegründete Recht des Eigentümers zu beseitigen zu Gunsten des subjektiven guten Glaubens eines getäuschten oder sich täuschenden Erwerbers, während Richtung, Gegenstand, Qualität und Zeitpunkt dieses guten Glaubens selbst erst wieder durch unsichere, jedenfalls bestreitbare Analogieschlüsse (Beispiel: Wendt S. 73/75) begrenzt werden müßten. —

Es ist deshalb hier nicht nötig, auf den gesetzgeberischen Grund der einzelnen positiven Fälle direkter oder entsprechender Anwendung jener Schutzvorschriften einzugehen, und es braucht die von Dernburg, Bd. 3 S. 292 §. 104 Anm. 1 gegebene Erklärung nicht weiter diskutiert zu werden, vgl. Wendt S. 72: die Richtigkeit oder Unrichtigkeit solcher Erklärungen beweist für den Richter nichts gegen den einzelnen positiven Fall und nichts für die Möglichkeit einer Analogie. —

Das Gesetz soll die sämtlichen einzelnen Möglichkeiten entsprechender Anwendung der beregten Schutzvorschriften nicht überschaut und an die Hand gegeben haben, und ein Beispiel dafür soll §. 185 Abs. 2 sein, denn nichts sei sicherer als daß gerade an dieser Stelle (§. 185) ein Hinweis auf die entsprechende Anwendung jener Vorschriften hätte aufgenommen werden können. Wendt, S. 71/72. —

Indessen dürfte es kein Übersehen sein, warum die Materialien zu §. 185 — §§. 310, 830, 876 des I. E. B.G.B., Mot. Bd. 2 S. 139/140, Bd 3 S. 188/190, 340, K.Prot. Bd. 1 S. 179, S. 403 Ziffer V, Bd. 3 S. 205 Ziffer VI — die Schutzvorschriften, obwohl sie im I. E.

B.G.B. unmittelbar hinter §. 876 folgten, mit keinem Worte erwähnen: Konvaleszenz kommt selbstverständlich nicht mehr in Frage, wenn in Verfolg der Verfügung des Nichtberechtigten Erwerb kraft guten Glaubens eingetreten ist: das ist doch aber keine „entsprechende Anwendung" der Schutzvorschriften, sondern soweit die Schutzvorschriften einschlagen, ist ein Wirksamwerden der Verfügung des Nichtberechtigten durch Konvaleszenz ausgeschlossen: kann es die Aufgabe des Gesetzes sein, immer dann, wenn anderweite Rechtssätze in Wirkung der Schutzvorschriften cessieren können, auf diese Möglichkeit hinzuweisen? dann würde das Gesetzbuch zum Lehrbuch! und falls §. 185 Abs. 1 etwa lautete: „Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt, oder wenn die Vorschriften zu Gunsten derjenigen usw. einschlagen," — dann hätte das Gesetz einen doktrinären Irrtum verlautbart (vgl. Ihering, Geist, §. 41 S. 371/372), — denn dann läge wirklich eine zwar gelegentliche, jedoch darum nicht weniger positive Äußerung vor dahin, daß der gutgläubige Erwerb eine Wirkung der Verfügung des Nichtberechtigten sei: Das ist aber, wie auf diesen Blättern zu zeigen versucht wurde, nicht entfernt der Sinn und Inhalt der Schutzvorschriften über den gutgläubigen Erwerb. —

Gewiß soll nicht verkannt werden, daß der gestaltenden Konstruktion und der Systematisierung die höchsten Aufgaben der juristischen Kunst zufallen und vorbehalten sind: immer dann aber droht von der ausgreifenden und konzentrierenden Generalisierung Gefahr, wenn das Gesetz der Deckung des positiven Stoffes verletzt wird.

Die Konstruktion Wendts gleicht einem Einzeldurchbruch durch den Damm des positiven Gesetzes: durch diese Lücke würden sich die trüben Wasser der Analogie ergießen, — sie würden den Damm selbst untergraben, das Bollwerk des Eigentums unterspülen, und — genau so wie beim Putativtitel der Usukapionslehre — den guten Glauben der Menschen und der Zeiten auf schwankenden Fluten wiederspiegeln: und zum letzten Ende würden — nach der Hellwigschen Theorie — dem Eigentümer immer neue „Rechtsnachfolger" auftauchen, die Verzweigung der Rechtsnachfolgerschaften und Rechtsvorgängerschaften (qua Übertragungsgeschäft und qua Recht) würde immer verwickelter! —

„Auch läßt sich — äußern Mot. Bd. 4 S. 237/238 — eine gewisse Analogie zwischen dem hier fraglichen Falle (daß nämlich dem Dritten, welcher mit einer Frau Rechtsgeschäfte schließt, die Eigenschaft derselben als einer Ehefrau unbekannt geblieben ist) und den Fällen der Geschäftsunfähigkeit und der beschränkten Geschäftsfähigkeit nicht verkennen, namentlich wenn (in Fällen der Entmündigung) die Tatsache, von welcher die Geschäftsunfähigkeit oder die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit abhängt, . . . äußerlich nicht erkennbar ist": hier wird eine Analogie zwischen der Nichtkenntnis von dem Bestehen der Rechte eines Ehemanns und der Nichtkenntnis von der Geschäftsunfähigkeit verwertet, um den Schutz des guten Glaubens auszuschließen, vgl. §. 1404: wer aber möchte dafür bürgen, daß nicht eine Analogie zwischen der gutgläubigen Annahme einer Bevollmächtigung und der gutgläubigen Annahme der Geschäftsfähigkeit gezogen würde, und daß, wenn einmal der gute Glauben an eine Bevollmächtigung zum Erwerb genügt, dann auch

die Schutzbedürftigkeit des guten Glaubens an die Geschäftsfähigkeit ihre Verteidiger fände!

Die Usukapionslehre schreitet rüstig voran: Gajus lehrt l. 13 §. 2 D. 6,2: „Qui a pupillo emit, probare debet tutore auctore lege non prohibente se emisse; sed et si deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide emisse videtur," und Paulus fügt bei l. 2 §. 15, 16 D. 41, 4: „si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi, ut hic plus sit in re quam in existimatione ... Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emtio."

Wird diesem Vorgang nachgestrebt, dann gibt es keine Mängel des Rechtsgeschäftes mehr, die nicht durch den guten Glauben ausgeglichen werden dürfen!

II.

Begriff der Rechtsnachfolge. Okkupation.

„Die Rechtsnachfolge im Sinne des B.G.B. sowohl wie der C.P.O. ist gleichbedeutend mit dem abgeleiteten Erwerb einer Rechtsstellung. Das ihn charakterisierende Element liegt in der Verbindung, welche zwischen der erworbenen Rechtsstellung und einem Ursprungsverhältnis besteht. Diese Verbindung wird hergestellt entweder durch ein Rechtsgeschäft oder durch einen Staatsakt, welche auf die Herbeiführung der Rechtsnachfolge gerichtet sind oder durch die Verwirklichung des sonstigen Tatbestandes, der „kraft Gesetzes" das neue Rechtsverhältnis deshalb entstehen läßt, weil das

Ursprungsverhältnis bestand." — „Der in §. 325 C.P.O. gebrauchte Begriff der Rechtsnachfolge umfaßt alle diejenigen Erwerber, deren Rechtsstellung auf Kosten eines fremden Rechts derart verbessert wird, daß dieses als die Quelle der Verbesserung erscheint"; — „unter den Begriff des abgeleiteten Erwerbs fallen auch diejenigen Fälle, in denen der Berechtigte ein Recht aufgibt, und dadurch die Bedingung setzt, unter welcher für einen Dritten ein mit dem aufgegebenen keineswegs identisches Recht entsteht"; — „der Ersitzende löst den bisherigen Eigentümer ab, aber nicht deshalb, weil dieser Eigentümer war, sondern trotzdem er es war. Es fehlt der kausale Zusammenhang zwischen Rechtsverlust und Rechtserwerb, die Verbindung, welche das Einrücken an die Stelle eines andern als Rechtsnachfolge erscheinen läßt."

So Hellwig S. 94/95, 253, 271, 277 und entsprechend im L. Bd. 1 S. 273/274: „Rechtsnachfolge ist gleichbedeutend mit abgeleitetem Erwerb einer Rechtsstellung; die neubegründete Rechtsstellung (Berechtigung oder Verpflichtung) steht mit einer andern derart in Verbindung, daß die letztere als das Ursprungsverhältnis erscheint und sonach die Entstehung der neuen Rechtsstellung bedingt. Diese Verbindung wird hergestellt entweder durch ein Rechtsgeschäft oder durch einen staatlichen Zwangsakt oder auf Grund sonstiger Tatsachen, die die in B.G.B. §. 412 sog. „Übertragung kraft Gesetzes" oder eine sonstige Rechtsgestaltung deshalb eintreten lassen, weil das Ursprungsverhältnis besteht. Originärer (ursprünglicher) Rechtserwerb ist ein solcher, der sich nicht auf das Recht eines andern stützt; der Verlust oder die Einschränkung eines Rechtes tritt nicht zu dem Zwecke ein, damit ein anderer (der Rechtsnachfolger) ein Recht erwirbt; viel-

mehr ist der Rechtsverlust, wenn er mit dem Rechtserwerb des andern zusammentrifft, lediglich die Folge davon, daß das bisherige Recht *neben* dem neuen nicht bestehen kann."

Der „kausale Zusammenhang", — die „Verbindung", — das „Bedingungsverhältnis zwischen dem Ursprungsrecht und der neuen Rechtsstellung" — das ist allerdings das zu lösende Rätsel!

Es wird aber nicht gelöst durch die Wendung, „diese Verbindung werde hergestellt dadurch, daß Rechtsgeschäft oder Staatsakt auf die Herbeiführung der Rechtsnachfolge gerichtet sind": denn was Rechtsnachfolge ist, soll ja eben erst durch Enthüllung des Kerns jener „Verbindung" erklärt werden; und das Rätsel wird auch nicht gelöst durch die Formel eines „Tatbestandes, der das neue Rechtsverhältnis deshalb entstehen läßt, weil das Ursprungsverhältnis bestand" oder (im L.) „besteht": denn daß in der Kausalitätsreihe, welche die Entstehung der neuen Rechtsstellung ermöglichte und verwirklichte, auch das Ursprungsverhältnis als eine noch so entfernte, noch so seitlich abliegende Ursache oder Vorbedingung vorhanden gewesen sein muß, kann doch nicht genügen, — sonst würde der Richter, der aus der Existenz dieser und jener Rechtsverhältnisse die schließliche Rechtsstellung des Klägers zum Beklagten folgert, täglich die merkwürdigsten Rechtsnachfolgerschaften entdecken; und auch mit der Einführung des Zweckmoments, — auf welches schon die Worte „Ursprungsverhältnis", „Quelle der Verbesserung" hindeuteten, — ist nicht völlig geholfen; denn der Satz „Verlust oder Einschränkung eines Rechtes zu dem Zwecke, damit ein anderer (der Nachfolger) ein Recht erwirbt" offenbart nichts mehr als es das Motto: „Rechtsverlust zu dem Zwecke,

damit ein anderer Rechtsnachfolger werde" — tun würde; — er erklärt durch das zu Erklärende, er umfaßt auch den Rechtsverlust dessen, qui patitur usucapi, und ähnliche Fälle, — und läßt völlig unbestimmt, von wem und wann dieser Zweck zu setzen ist. —

Im Wege atomistischer Vergleichung und Abwägung der „Rechtsstellungen" kann der Begriff der Rechtsnachfolge nicht erfaßt werden: schon die Worte „Rechtsvorgänger" „Rechtsnachfolger" weisen, wie Bekker, Bd. 1 S. 105 Note d betont, auf die Beziehungen der Personen zueinander, unter denen sich der Übergang vollzieht; — Rechtsnachfolge ist nicht jede kausale Verbindung zweier Rechtsstellungen, sondern nur die kausale Verbindung zweier Rechtsstellungen, welche beiderseits, von seiten des Vorgängers und des Nachfolgers, nicht nur gewußt, sondern auch gewollt wird, oder welche beiderseits kraft Vorschrift des Gesetzes (z. B. 774 Abs. 1, 1143 Abs. 1 B.G.B.) gewollt werden muß: den Zweck, daß das eine Rechtsverhältnis der Ursprung, die Quelle des andern sein solle, — müssen beide Beteiligten, der Vorgänger und der Nachfolger, miteinander setzen, und zwar bei Begründung des neuen Rechtsverhältnisses, oder es muß ihnen diese Zweckbestimmung beiderseits vom Gesetz aufgezwungen sein (Brinz, Bd. 1 S. 241: „Die Macht zur Übertragung wie zur Succession liegt teils in den Rechten, teils über den Rechten"); — die Rechtsnachfolge ist ein sachliches und ein persönliches Band: es muß rechtlich möglich sein, daß aus dem Stoff des alten Rechtsverhältnisses das neue hervorgeht (Identität beim translativen Erwerb, Ableitung beim konstitutiven Erwerb, Regelsberger, §. 120), und es muß diese Schöpfung

durch beiderseitigen Willensakt oder durch sich an beide Teile richtendes Gesetzesgebot erstehen; — so und nur so erklärt sich die Bestimmung des §. 445 C.P.O. (Eideszuschiebung über Handlungen und Wahrnehmungen des Rechtsvorgängers), welche Hellwig völlig bei Seite ließ, weil er über dem sachlichen Bande das Wesentliche des persönlichen Bandes übersah; — und so und nur so ist ein klares Prinzip gefunden, welches das Anwendungsgebiet der „Rechtsnachfolge" in erträglichen Schranken hält und einen Teil der Hellwigschen Successions-Fälle als nur vermeintliche ausscheidet. —

Eine Probe darf trotz oder vielmehr gerade wegen ihrer praktischen Belanglosigkeit (Jhering, Geist, §. 41 S. 385 Anm. 528, und Jahrb. Bd. 10 S. 444) die Okkupation liefern.

Hellwig S. 272/273 führt aus: „Begründet sonach der Okkupant zwar sein Eigentum in originärer Weise, hängt aber die Begründung des Eigentums an einer bereits im Eigentum gewesenen Sache davon ab, daß die Sache von dem Eigentümer derelinquiert ist, so haben wir in solchem Falle einen abgeleiteten Rechtserwerb vor uns. Der Okkupant leitet zwar sein Eigentum nicht von dem früheren Eigentümer ab, wohl aber die condicio occupandi. Er stützt sich also indirekt allerdings auf den früheren Eigentümer . . . Zweifellos muß der Okkupant, wenn er die Entstehung seines Eigentums nachweisen will, dartun, daß der wahre Eigentümer das Eigentum aufgegeben hat. Dieser Abhängigkeit des Erwerbs des Okkupanten entspricht es, daß die Rechtskraft aus dem Prozeß des Derelinquenten sich auf ihn erstreckt."

Also die Ableitung der condicio occupandi genügt!

Trotz der warnenden Worte Regelbergers S. 447: „darum müssen die Erscheinungen vom Begriff der Succession ferngehalten werden, wo der Wegfall eines Rechts nur Raum gibt für die Entstehung eines gleichartigen, das vom weggefallenen völlig unabhängig ist." —

Wohl zu erwägen: Der Derelinquierende Eigentümer will, und er hat die rechtliche Macht und Befugnis dazu, sein Eigentum endgültig aufgeben; er will der Sache ein für allemal los und ledig sein; der Okkupant will, und er hat die rechtliche Macht und Befugnis dazu, eine herrenlose Sache sich aneignen: keiner weiß vom andern und keiner will etwas vom andern; und da kommt nun Hellwig und zerrt und schweißt die Voneinanderstrebenden gewaltsam zusammen, indem er dem Okkupanten einen Rechtsvorgänger, dem Derelinquenten einen Rechtsnachfolger aufoktroyiert; wo ist hier — um Hellwigs eigene Worte zu gebrauchen — ein Rechtserwerb, „der sich auf das Recht eines andern stützt"? der Okkupant stützt sich ja gerade darauf, daß das Recht des früheren Eigentümers erloschen war! und wo ist hier ein Rechtsverlust „zu dem Zwecke, damit ein anderer (der Nachfolger) ein Recht erwirbt"? Der Derelinquent hat nur den Zweck, die Sache fortzuwerfen! ob sie untergeht oder etwa von einem andern okkupiert wird, ist ihm gerade gleichgültig! —

„Nur von diesem Standpunkte aus — meint Hellwig S. 273 — vermeidet man das geradezu widersinnige Resultat, welches sich ergeben müßte, wenn man über die originäre Seite, welche der Erwerb durch Aneignung zweifellos hat, seine Bedingtheit durch eine wirksame Eigentumsaufgabe übersehen und die Anwendbarkeit des §. 325 Abs. 1 C.P.O. leugnen würde. Oder

wäre es nicht widersinnig, wenn die besitzende Prozeßpartei den Besitz zu Gunsten eines bestimmten Dritten nur so aufgeben könnte, daß der Dritte an das Ergebnis des Prozesses gebunden wäre (§. 325 Abs. 1 C.P.O.), — daß aber diese beiden zum Schutze des Gegners gegebenen Vorschriften unanwendbar blieben, wenn die Verfügung über die streitige Sache so getroffen wäre, daß jedermann sich ihrer bemächtigen kann?"

Die Römer haben die angebliche Widersinnigkeit dieses Resultates jedenfalls nicht gemerkt; denn wo ist in dem gemeinrechtlichen Verbot litigiosser Sachen von diesem Falle die Rede? nirgends! immer heißt es nur: „donationibus vel emtionibus vel quibuslibet aliis contractibus minime transferri ab eodem actore liceat", „ad àlium quendam transtulerit", „opposito nobis alio adversario", „si quis alienando rem alium nobis adversarium suo loco substituerit", (vgl. Zimmermann A. f. c. Pr. 35 S. 436/441); die l. 4 C. 8,37 unterstellt durchaus einen sofort und durch ein darauf gerichtetes Rechtsgeschäft (transferre) des Veräußerers erwachsenen Erwerber (gerade so wie §. 265 Abs. 2 C.P.O. von dem Rechtsnachfolger als selbstverständlich vorhanden spricht) und unterscheidet den sciens, der non tantum rem redhibere, set etiam pretio ejus privari compellendus est, und den ignorans, der irrita rei alienatione facta pretium cum alia tertia parte recipiren soll; verboten war die Veräußerung, die einen Singularsuccessor schuf, — nicht die Entäußerung an sich, sonst hätte unsinniger Weise die Derelikion schlechthin (auch ohne Auftauchen eines Okkupanten) in das Verbot eingezogen werden müssen, und es hat sogar Zimmermann (1853) schon für das gemeine Recht die Ansicht vertreten: „Die Lehre von

dem Verbot der Veräußerung der res litigiosa hat eine völlige Umgestaltung erfahren; sie ist auf den einfachen Satz zurückgeführt worden, daß auch der Singularsuccessor an das gegen seinen Rechtsvorgänger ergangene Erkenntnis gebunden ist, wenn er die Sache während eines mit seinem auctor anhängigen Rechtsstreits erworben hat; die Sache geht cum suo onere, welches ihr durch den anhängigen Prozeß auferlegt worden ist, über, und das rechtskräftige Erkenntnis wird auf den Zeitpunkt des erhobenen Prozesses zurückbezogen", A. f. C. Pr. Bd. 36 S. 57.

Ganz natürlich, daß den, welcher kraft Zusammenwirkens mit dem Veräußerer dessen Rechtsstellung mit Wissen und Willen fortsetzt, d. h. den Rechtsnachfolger, — das Prozessonus trifft: aber wie sollte dies gerechtfertigt sein gegen den, welcher von den Rechtsschicksalen des ihm sogar unbekannten Derelinquenten gerade völlig unabhängig zu sein glaubt und unabhängig sein will? Hellwig denkt vorwiegend an die Interessen des dem Derelinquenten als Gegner gegenüberstehenden Klägers, und koloriert von diesem Standpunkt aus seine Beweisführung dafür, daß bei der Okkupation eine Kombination von abgeleitetem und originärem Erwerb vorliege, — durch die oben ausgehobene Frage: vom Standpunkt des Okkupanten aus aber ist das von Hellwig hervorgehobene Resultat durchaus nicht widersinnig, sondern vollkommen richtig: das Erfaßt- und Ergriffen-Werden von dem Prozessonus darf doch nur die Folge davon sein, daß der diesem Onus zu Unterwerfende sich mit dem Recht an der strittigen Sache befaßt hat: ist dies nicht der Fall, so ist die Auflage des Prozessonus höchst unbillig; durch die Frage Hellwigs wird also

seine Beweisführung dafür, daß bei der Okkupation ein derivatives Element unterläuft, und daß die Rechtskraft aus dem Prozeß des Derelinquenten sich auf den Okkupanten erstreckt, um nichts annehmbarer. —

Wäre es nicht sonderbar, wenn dem Okkupanten über Handlungen und Wahrnehmungen des ihm unbekannten Derelinquenten als seines Rechtsvorgängers der Eid zugeschoben werden dürfte? und wenn der Derelinquent in einem Prozesse des Okkupanten als dessen Rechtsvorgänger nach §. 385 Abs. 1 Nr. 4 C.P.O. Zeugnis ablegen müßte?

Bei der Dereliktion einer beweglichen Sache durch einen Nichtseigentümer können zwischen der Dereliktion und der unterwürfigen Okkupation viele Jahre liegen, und die derelinquierte Sache kann in dieser Zeit mannigfache Schicksale gehabt haben: ein erster Okkupant hat die Sache ersessen und dann seinerseits derelinquiert; ein erster Okkupant hat die Sache an einen gutgläubigen Erwerber veräußert und dieser hat sodann derelinquiert: wer weiß von allem diesem? weder der erste Derelinquent noch der jetzige Okkupant; — soll trotz dessen ein Urteil, welches ein Dritter vor 20 Jahren gegen den ersten Derelinquenten dahin erwirkte, daß der Dritte der Eigentümer sei, deshalb gegen den jetzigen Okkupanten wirken, weil jene erste Dereliktion nach Beginn jenes alten Prozesses geschehen ist? soll es Sache des jetzigen Okkupanten sein, zu beweisen, daß nach jener verschollenen letzten Tatsachenverhandlung Tatsachen eingetreten sind, welche das damals allerdings vorhandene Eigentum des Dritten auslöschten, — daß nicht der erste Derelinquent, sondern irgend ein anderer ihm die conditio occupandi gegeben hat? —

Es steht nicht zu fürchten, daß die Praxis hier auf den Spuren Hellwigs wandeln wird. —

Nicht glücklicher dürfte Hellwig S. 274/277 mit §. 928 B.G.B., „der Aufgabe des Eigentums an einem Grundstück" sein.

Das aufgegebene Grundstück soll eine selbständige Vermögensmasse sein, — die Aufgabe während schwebenden Prozesses eine Veräußerung im Sinne des §. 265 C.P.O., (während doch der niemandem haftende Aufgebende sich ruhig kontumazieren lassen wird,) — und der sich das Grundstück später aneignende Fiskus Rechtsnachfolger der selbständigen Vermögensmasse, also indirekt Successor des Aufgebenden. —

Welch' ein Aufgebot von Rechtsnachfolgerschaften! —

In Wahrheit leitet kein Band von dem Aufgebenden zu dem aneignenden Fiskus; die Fiktion einer selbständigen Vermögensmasse ist geeignet, das wahre Sachverhältnis mehr zu verdecken und zu verhüllen, als bloßzulegen (Jhering, Jahrb. Bd. 10 S. 414), zumal die für juristische Personen gegebenen Normen keinenfalls Anwendung finden (Hellwig, A. K. S. 233); vielmehr erwartet das Grundstück seinen Herrn (Regelsberger S. 79 und wörtlich ebenso Jhering, Jahrb. Bd. 10 S. 418, 420: „Das Recht wartet", das Vermögen wartet"), und der nach §. 58 C.P.O. zu bestellende „Vertreter" ist Vertreter des zukünftigen Herrn, nämlich des Fiskus für den Fall der Vollziehung der Aneignung, (die Ausführung O. Fischers Recht und Rechtsschutz S. 44/45 und Jahrb. 38 S. 362 ist de lege lata ergebnislos); — der die Aneignung vollziehende Fiskus muß den bei seinem Eintritt schwebenden Prozeß ohne Unterbrechung fortführen, und er haftet für die Kosten auch eines früheren Prozesses des Vertreters, Hellwig S. 277; kommt dieser erwartete Herr nicht, dann allerdings muß der Kläger die Kosten

tragen, soweit ihm nicht nach Abzug der Realberechtigungen noch etwas aus dem Grundstück übrig bleibt (Hellwig, A. K. S. 234); dann ist die Bestellung des Vertreters endgültig ein vergeblicher Akt obrigkeitlicher Fürsorge für den zukünftigen, aber ausgebliebenen Herrn (Jhering, Jahrb. Bd. 10 S. 430/433), und da dieser Fürsorgeakt zugleich den Interessen des ein Recht an dem Grundstück geltend machenden Klägers dient, und auf dessen Antrag erfolgt, Mot. Bd. 3 S. 327, K.Prot. Bd. 3 S. 187, ist dieser kostenpflichtig.

III.

Schuldübernahme.

Für die Frage, ob der Schuldübernehmer Rechtsnachfolger des bisherigen Schuldners ist, dürften bisher nicht genügend beachtete und verwertete Unterschiede von ausschlaggebender Bedeutung sein.

A. Zunächst ist unterscheiden zwischen dem Falle des §. 414 und dem des §. 415. —

Nach §. 414 „übernimmt" der Dritte die Schuld ohne Wissen und Willen und sogar gegen den Willen des bisherigen Schuldners: l. 91 D. 46, 3 „immo debitorem tuum etiam praesentem etiam invitum liberare ita poteris supponendo, a quo debitum novandi causa stipuleris"; l. 8 §. 5 D. 46, 2 „liberat autem me is qui quod debeo promittit, etiamsi nolim": der bisherige Schuldner wird ohne sein Zutun seiner Schuld entsetzt, er wird — wenn ein dem Ausdruck „enteignen" entsprechendes Wort gestattet ist, — zwangsweise entschuldet; nicht er, der bisherige

Schuldner, sondern nur der Gläubiger und der Übernehmer setzen den Zweck, daß der Übernehmer die bisherige Rechtsstellung des Schuldners fortsetzen, daß dieser an die Stelle des bisherigen Schuldners treten solle, — und das Gesetz beschränkt sich auf den Ausspruch, daß der bisherige Schuldner *ausscheidet*, ohne irgend eine materielle Norm zu enthalten, welche den bisherigen Schuldner und den Übernehmer in *eine Beziehung zu einander* setzt. —

Wie sollte es sich rechtfertigen, daß dem Übernehmer, — der vielleicht den bisherigen Schuldner gar nicht gekannt und nie gesprochen hat, der vielleicht von dem Bestand und Inhalt der Schuld lediglich durch den Gläubiger erfahren hat, — der Eid über Handlungen und Wahrnehmungen des bisherigen Schuldners als seines Rechtsvorgängers zugeschoben werden dürfte?

Freilich operieren die Motive Bd. 2 S. 142 ff. mit dem Prinzip der Sondernachfolge in die Schuld und erachten auch im Falle des §. 414 eine solche Sondernachfolge als gegeben: vor dieser Auffassung des §. 414 darf jedoch die wissenschaftliche Untersuchung nicht Halt machen; und freilich bezieht sich die ebenfalls aus dem Prinzip der Sondernachfolge in die Schuld abgeleitete Bestimmung des §. 417 Abs. 1 auch auf den Fall des §. 414 (§. 417 Abs. 2 hat nur für §. 415 Bedeutung): aber sogar auch dann, wenn der übernehmende Dritte *nicht* in die *fortbestehende* Schuld eintreten würde, — wenn die Schuld des Dritten vielmehr eine neue Schuld wäre, deren Inhalt, Umfang und Betrag nur durch Bezugnahme auf die alte Schuld des bisherigen Schuldners bestimmt ist, — wenn die nunmehrige Schuld des Dritten auf neuem Grunde *ruhen* und nur auf den *Inhalt* der alten Schuld

des bisherigen Schuldners *gehen* würde, — auch dann würde der Satz gelten, daß der Dritte die sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergebenden Einwendungen dem Gläubiger entgegensetzen kann, vgl. *Unger*, Jahrb. Bd. 26 S. 402, 406: aus diesem Satze kann nicht einmal gefolgert werden, daß die Schuld des Dritten *dieselbe fortbestehende* Schuld ist, — also noch viel weniger, daß der Dritte Rechtsnachfolger des bisherigen Schuldners ist; — überhaupt ist der Rückschluß aus der praktischen Ausgestaltung eines Rechtsinstituts im einzelnen auf Existenz und Tragweite eines dasselbe beherrschenden Prinzips ein trügerisches Unternehmen, wie sofort §. 418 zeigt: nach dem Prinzip der Sondernachfolge in die Schuld sollten die Nebenrechte gerade fortdauern, *Unger* l. c. S. 407: nach den Motiven ist aber hier eine Ausnahme von der Regel gemacht: die Bürgschaften und Pfandrechte erlöschen, nicht weil die versicherte Schuld untergeht, sondern *trotzdem*, daß sie fortdauert, *Regelsberger* A. f. c. Pr. Bd. 39 S. 469/470. —

Daß die Schuld des Übernehmers auch im Falle des §. 414 *dieselbe* ist, wie die des bisherigen Schuldners, soll nicht bestritten werden, — es ist jedoch als Definition der Rechtsnachfolge unzureichend, daß „das Recht des Successors aus dem Recht des Auktors herstammt, daß zwischen beiden Rechten ein Kausalzusammenhang stattfindet", *Unger* l. c. S. 405: es ist vielmehr wesentlich, wie *Unger* ebenda selbst betont, daß der bisherige Rechtsträger (womit der Schuldträger mit umfaßt sein soll,) — das Band, durch welches er (als Gläubiger) bindet oder durch welches er (als Schuldner) gebunden ist, — dem neuen Rechtsträger mit dessen Willen in die Hand gibt

bezw. anlegt, — wie dies im Falle des §. 415 geschieht, (wobei ganz gleichgültig, ob man mit den Motiven Bd. 2 S. 144 und mit der herrschenden Ansicht, Regelsberger Jahrb. Bd. 39 S. 473, in der Vereinbarung des bisherigen Schuldners nach §. 415 einen Dispositionsakt über ein fremdes Vermögensobjekt erblickt, oder ob man anders konstruiert). —

Jede dieses subjektive (durch an beide Teile, an Rechtsvorgänger, wie Rechtsnachfolger gerichtetes Gesetzesgebot ersetzbare) Moment verkennende Definition der Rechtsnachfolge (vgl. z. B. Danz, A. f. c. Pr. Bd. 74 S. 244) verwischt den Unterschied zwischen dem, der wahrhaft Auktor ist, und dem, der nur die conditio eines Rechtserwerbs setzt, — und reckt den Körper der Rechtsnachfolge ins praktisch Unerträgliche aus, wie gerade die civilprozessualen Folgerungen Hellwigs zeigen dürften: gerade auch diese Folgerungen Hellwigs wecken sofort den Verdacht, daß hier das Prozeßrecht im Wege einer überschießenden Auslegung des §. 325 C.P.O. das Privatrecht absorbiert, Bülow, Busch Z. Bd. 31 S. 259 Note 4 a. E. —

B. Zum zweiten ist zu unterscheiden zwischen privativer und kumulativer Schuldübernahme, wenn dieser letztere Ausdruck noch unter der Herrschaft des B.G.B. beibehalten werden darf, R.G. Bd. 51 S. 121. —

Daß die §§. 414/419 nur die privative Schuldübernahme behandeln, ist eine nicht wegzuleugnende Tatsache, — und die Meinung Hellwigs V. S. 179, die privative Schuldübernahme gehöre in das juristische Raritätenkabinett, wird durch die Praxis widerlegt (vgl. Dernburg Bd. 2 S. 355 „die Vereinbarung einer bloß kumulativen Schuldübernahme ist selten").

Was hat nun die sogen. kumulative Schuldübernahme mit unserer Frage der Rechtsnachfolge zu tun? —

Gaupp-Stein zu §. 325 S. 733 führt aus, man könne die Fälle der privativen Schuldübernahme nicht anders behandeln, als die der kumulativen, und Hellwig S. 322 stimmt dem zu mit den Worten: „Darin geben wir Stein recht, daß die Fälle der nach dem Prozeßbeginn eintretenden privativen Schuldsuccession nicht anders behandelt werden können, als die kumulative".

Diese ganze Deduktion hinüber und herüber, — Stein: weil beim Gesamtschuldverhältnis nach §. 425 Abs. 2 eine Rechtskraftserstreckung nicht stattfinde, könne auch der privative Schuldübernehmer nicht Rechtsnachfolger sein, und umgekehrt Hellwig: daraus, daß bei der kumulativen Schuldübernahme die Rechtskrafterstreckung stattfinde, folge gerade, daß sie auch bei der privativen Schuldübernahme nicht geleugnet werden könne, — ist abwegig, weil es eine kumulative Schuldsuccession überhaupt nicht gibt, ebensowenig wie eine kumulative Succession in Rechte, Hellwig S. 446. —

„Kumulative Succession" ist ein Widerspruch in sich: wer neben einen Rechtsträger (einen Gläubiger, einen Schuldner) in dessen Rechtsstellung oder richtiger in dieselbe Rechtsstellung, die dieser hat, eintritt, ist eben ein zweiter Rechtsträger, und diese beiden Rechtsträger sind miteinander ein Doppelposten; die Rechtsnachfolge aber ist eine Ablösung; (nur nicht eine Ablösung, wie sie Hölder Pandekten S. 178 ff. unter Einbeziehung der Ersitzung unter den Begriff der Succession versteht, sondern eine Ablösung kraft beiderseitigen Willens;) der Nachfolger wird auf den Posten aufgeführt und der Vorgänger marschiert ab; wenn in die

Rechtsstellung wie in ein Gemach zuerst der eine und dann nach ihm der zweite hineingeht, dann folgt zwar auch der Zweite dem Ersten, aber nur zeitlich, und sie kommen beide in dieselbe Rechtsstellung, weil beide, — vielleicht aus ganz verschiedenen Gründen, vielleicht ganz unabhängig von einander — eben dasselbe Ziel erstreben und erreichen; der Rechtsnachfolger aber wandelt nicht nur in den Stapfen des Rechtsvorgängers, sondern er tritt gerade in den Rechtskörper, den der Vorgänger bislang innehatte, hinein, indem er insoweit den Rechtsvorgänger aus diesem Rechtskörper ganz oder partiell hinausseßt; er füllt nunmehr den Rechtskörper ganz oder partiell aus, den vorher der Rechtsvorgänger ausgefüllt hatte, und er darf und kann dies kraft des beiderseitigen Willens oder kraft des diesen Willen ersetzenden Gesetzesgebotes. —

Wenn ein Verkäufer einen vermögenskranken Käufer hat und für dessen Kaufschuld ohne Mitwirkung und etwa sogar ohne Wissen des Käufers einen zweiten Schuldner findet, der diese Schuld kumulativ übernimmt, — was geht dies die Rechtsstellung des Käufers weiter an, als die §§. 421/427 bestimmen? und was für einen Unterschied kann es machen, ob dieser Schuldübernehmer die Kaufschuld gleichzeitig mit dem Käufer übernimmt, so daß von Anfang an ein Gesamtschuldverhältnis vorhanden ist, oder erst nachträglich, so daß die ursprüngliche Einzelschuld sich nach der Hand in ein Gesamtschuldverhältnis ausweitet? Nachdrücklich betont Hellwig S. 321, 246 gegen Stein, daß das Gesetz in der die Rechtskrafterstreckung verneinenden Norm des §. 425 Abs. 2 selbstverständlich voraussetze, daß das Gesamtschuldverhältnis bereits zur Zeit des Prozeßbeginns des einen Gesamtschuldners bestand;

hieran ist nur soviel richtig, daß die Frage, ob der eine Gesamtschuldner der Rechtsnachfolger des andern ist, vernünftigerweise nur aufgeworfen werden kann, wenn der zweite oder dritte oder vierte Schuldner erst nachträglich hinzugekommen ist, – – sonst müßte ja die Möglichkeit unterstellt werden, daß bei einem sofort und perfekt entstandenen Gesamtschuldverhältnis der eine Gesamtschuldner Autor des andern sein könnte, — müßte also der Untersuchung wert erachtet werden, ob nicht ursprüngliche und abgeleitete Rechtsstellung, Auktor und Successor, in demselben Augenblick geboren sein könnten! —

Dafür aber, ob der nachträglich eingetretene Gesamtschuldner Rechtsnachfolger ist, muß es ohne jeden Belang sein, ob vorher ein Prozeß begonnen hat oder nicht: der Prozeßbeginn entscheidet doch nicht, ob nach den Normen des Civilrechts eine Rechtsnachfolge vorliegt oder nicht, sondern §. 325 C.P.O. disponiert über die Rechtskraftwirkung, *falls* nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit eine Rechtsnachfolge, — *Tatbestand der Rechtsnachfolge anderweit zu entnehmen und zu entscheiden*, — eingetreten ist; sind die nach Entstehung des Schuldverhältnisses, demnach nachträglich, aber *vor Beginn eines Prozesses* eingetretenen Gesamtschuldner *keine* Rechtsnachfolger, weil auf sie §. 425 Abs. 2 Anwendung findet, (vgl. *Wach*, Widerlegung des Rechtsgutachtens des Prof. Dr. *Fischer*, S. 61 Note 2), so sind die erst nach Prozeßbeginn eingetretenen Gesamtschuldner *ebenfalls keine* Rechtsnachfolger, und es hat demgemäß §. 325 C.P.O. keinen Raum; es geht nicht an, unter den nachträglich eingetretenen Gesamtschuldnern verschiedene Klassen zu machen und diejenigen, welche erst *nach Beginn eines Prozesses* eingetreten sind, zu

eximieren und allein für sich mit der Etikette „Rechtsnachfolger" zu versehen: auf diese Weise den §. 425 beiseite schieben und speziell behufs Anwendung des §. 325 C.P.O. Rechtsnachfolger zuschneiden, — das ist eben eine Absorption des Civilrechts durch den Civilprozeß! und diese Verrenkung der Sache wird um nichts gemildert durch den Hinweis von Mendelssohn Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft, S. 455 Note 1 auf die in §. 425 enthaltene Dispositivklausel: denn der Prozeßbeginn ist doch nicht ein Moment, „das sich aus dem Schuldverhältnis ergibt". —

In Übereinstimmung mit der hier vertretenen Anschauung bemerken die Motive Bd. 2 S. 144: „Nur wenn der alte und der neue Schuldner vereinbaren, der neue Schuldner solle neben dem alten Schuldner haften, würde die Annahme eines pactum in favorem tertii unbedenklich erscheinen, allein eine solche Vereinbarung schließt gerade den Fall der Sondernachfolge aus"; und von diesem Standpunkt aus rechtfertigen sich auch die von Hellwig S. 325/328 und V. S. 180/181 so schwer angefochtenen §§. 729, 738, 742 C.P.O. —

Begründet die Vermögensübernahme nach §. 419 bezüglich der Passiven weder eine Universalsuccession (Mot. Bd. 2 S. 151 „eine, obwohl besonders gestaltete Art von Universalsuccession) noch eine Singularsuccession (wie die Motive zu §. 665b des Entw. der Civilprozeßnovelle allerdings meinen, Hellwig S. 313 Note 19), sondern begründet sie lediglich eine Gesamtschuldnerschaft des bisherigen Schuldners und des Übernehmers, (dessen Haftung tritt mit Abschluß des Vertrages ein, also nicht aus dem Grunde des wirklichen Vermögenserwerbs, — also nicht, weil die Schulden auf dem Aktiv-

vermögen haften; dies gegen Hellwig B. S. 391), dann fällt der Übernehmer bezüglich der Schulden nicht unter §. 325 C.P.O., also auch nicht unter §. 727 C.P.O.; ... dann war eine Spezialvorschrift möglich und durch die Billigkeit (so Motive zu §. 665b des. E. C. Prozeßnovelle) veranlaßt dahin, es solle die Vollstreckbarkeit des gegen den bisherigen Schuldner ergangenen Urteils gegen den Übernehmer zugelassen sein, wenn dieser das Vermögen nach der rechtskräftigen Verurteilung des Urschuldners übernommen hat; und die gleiche Sachlage erklärt die §§. 729 Abs. 2 und 738 C.P.O.; im Falle des §. 738 C.P.O. haftet der Nießbraucher für die betreffenden Schulden überhaupt nicht, die Billigkeitsrücksicht geht noch weiter als bei der „verwandten Bestimmung" des §§. 729 Abs. 1 C.P.O. (so die Motive), ... eine „wenn auch weitläufige Analogie der Veräußerung der res litigiosa" (so: Seuffert in Busch Z. Bd. 22 S. 363) braucht nicht herangezogen zu werden. —

Was aber den §. 742 C.P.O. anbelangt, so ist zwar richtig, Hellwig, S. 315, daß der Ehemann, der an dem eingebrachten Gut das Recht der Verwaltung und Nutznießung erlangt, insoweit Rechtsnachfolger der Ehefrau ist: in der durch diese Verwaltungs- und Nutznießungsbefugnisse gebildeten Rechtsstellung löst er kraft des an beide Ehegatten gerichteten Gesetzesgebotes des §. 1363 die Ehefrau ab, geradeso wie der Konkursverwalter, soweit sein gesetzliches Verwaltungs- und Verfügungsrecht reicht, Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners ist; R.G. Bd. 53 S. 9/10; Hellwig übersieht jedoch, daß nach §. 1407 Z. 1. gerade zum Betreff eines zur Zeit der Eheschließung bereits anhängigen Prozesses der Ehefrau das Verwaltungsrecht des Mannes cessiert (analog

den gesetzlichen Schranken des Verwaltungs- und Verfügungsrechts des Konkursverwalters, R.G. in J. Woch. 1903 S. 51); bezüglich anhängiger Prozesse ist also der Ehemann *nicht* Rechtsnachfolger der Ehefrau, ... §. 1407 Z. 1 ist eine Ausnahme von §. 1395 und von §. 1400; so wenig §. 1400 Abs. 1 mit den Worten: „so ist das Urteil dem Manne gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes *unwirksam*" von Rechtskrafterstreckung und Vollstreckbarkeit handeln will, so wenig handelte davon der in zweiter Lesung (vgl. die Anm. zu §. 1306 und §. 1310 des II. E.) gestrichene §. 1310 des I. E.; er wollte mit den Worten: „so ist das Rechtsgeschäft und das in dem Rechtsstreite erlassene Urteil auch in Ansehung des Ehegutes gegenüber dem Ehemanne *wirksam*" nicht entfernt sagen, daß ohne weiteres Rechtskrafterstreckung und Vollstreckbarkeit gegen den Ehemann gegeben sei, sondern nur, daß der Ehemann materiellrechtlich die Wirkungen des Urteils auch in Ansehung des eingebrachten Gutes auf sich zu leiden habe, — *natürlich vorbehaltlich des gegen den Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu führenden Rechtsstreits*, in dem allein doch gegen den Ehemann festgestellt werden kann, daß jene materiellrechtliche Wirksamkeit eben gegeben sei; diesen Wortlaut des gestrichenen §. 1310 des I. E. wiederholen die Motive zu §. 670 h des E. C. Prozeßnovelle (= 742 C.P.O.) „da das Urteil dem Manne gegenüber wirksam ist (B.G.B. §. 1407 N. 1, §. 1525 Abs. 2, §. 1550 Abs. 2)"; ... auch *sie* denken hier *nicht* an Rechtskrafterstreckung und Vollstreckbarkeit, sondern nur an die materiellrechtliche Wirksamkeit; ... es ist daher *in doppelter Richtung unrichtig*, wenn *Hellwig* S. 324 über diese Stelle

der Motive referiert mit dem Satze: „in der Denkschrift zur Novelle (§. 670h) wird die Vorschrift des §. 742 C.P.O. ganz zutreffend damit motiviert, daß das Urteil der Frau ja gegenüber dem Ehemann Rechtskraft schaffe"; . . . damit ist weder der Wortlaut noch der Sinn wiedergegeben. —

Ist das Dargelegte zutreffend, so erscheint §. 742 C.P.O. durchaus nicht, wie Hellwig S. 324 meint, „als eine überflüssige Hervorhebung einer Selbstverständlichkeit", vielmehr als eine durch §§. 325, 727 C.P.O. konsequenterweise gerade ausgeschlossene oder jedenfalls nicht gedeckte Sonderbestimmung, welche das Urteil aus einem zur Zeit der Eheschließung gegen die Ehefrau anhängigen Rechtsstreit gegen den Ehemann vollstreckbar macht, trotzdem er insoweit nicht Rechtsnachfolger der Ehefrau ist, . . . und welche sich empfahl, um „zwecklose Weiterungen und Kosten" zu vermeiden (so: die Motive). —

C. Rechtsnachfolge liegt also lediglich vor im Falle der Schuldübernahme, d. h. der privativen Schuldübernahme nach §. 415; — nur für diesen Fall kommt Rechtskrafterstreckung nach §. 325 C.P.O. in Frage, — während es sich im Falle des §. 414 ausschließlich aus dem zwischen Gläubiger und Übernehmer geschlossenen Vertrage, durch Interpretation dieses Vertrages beantwortet, ob den Vertragsparteien die Berufung auf ein zwischen Gläubiger und bisherigem Schuldner ergangenes Urteil frei steht; (es trifft genau das zu, was Hellwig, S. 318, für das Verhältnis zwischen Schuldner und Übernehmer bei der Erfüllungsübernahme ausführt). —

Hellwig, S. 322 Note 14 bezeichnet es als Voraussetzung der Rechtskrafterstreckung bei der privativen Schuldübernahme, daß die Schuldübernahme nach Be-

endigung des Prozesses stattgefunden hat, da die von dem Gläubiger zu genehmigende Befreiung des Urschuldners zur Klagabweisung führt, vgl. Hellwig, V. S. 179/180.

Dies ist richtig, soweit die wirkliche Rechtsnachfolge ins Auge gefaßt wird, — nicht aber für die hypothetische Rechtsnachfolge, Hellwig, S. 136/137, S. 130 Note 2; angenommen der Gläubiger hat nach Beginn des Prozesses gegen seinen Schuldner die von diesem mit einem Dritten vereinbarte Schuldübernahme gemäß §. 415 genehmigt und wird infolgedessen mit seiner Klage gegen den Schuldner abgewiesen: der Schuldner stirbt und sein des klagabweisenden Urteils unkundiger Erbe vereinbart seinerseits mit einem Dritten die Schuldübernahme, welche der Gläubiger wiederum genehmigt; klagt nunmehr der Gläubiger gegen diesen letzten Schuldübernehmer, so kann der jetzige Beklagte die Rechtskraft des Urteils, welches wegen der nach Beginn des ersten Prozesses erfolgten privativen Schuldübernahme die Klage gegen den ursprünglichen, später beerbten Schuldner abwies, anrufen; es liegt ein Tatbestand vor, der geeignet wäre, die Rechtsnachfolge des jetzigen Beklagten in die Schuld zu begründen, -- nämlich der vom Erben des ursprünglichen Schuldners mit dem jetzigen Beklagten geschlossene, vom Gläubiger genehmigte Schuldübernahmevertrag; diese vom Kläger behauptete Rechtsnachfolge ist aber in Wirklichkeit nicht vorhanden, da rechtskräftig feststeht, daß eine Schuld, welche vom Erben des ursprünglichen Schuldners geerbt und auf den jetzigen Beklagten im Wege der Schuldübernahme übergeleitet werden konnte, nicht bestand; — damit ist natürlich eine Behauptung des klagenden Gläubigers dahin, der zweite Schuldübernahmevertrag bilde einen selbständigen,

von der vorgängigen Klageabweisung unabhängigen Verpflichtungsgrund, nicht ausgeschlossen: denn insoweit nimmt der Gläubiger den jetzigen Beklagten eben nicht als Rechtsnachfolger des ersten Schuldners in Anspruch, Hellwig, S. 138. —

IV.

Restitutive Succession.

Die Kategorie der restitutiven Succession, welcher Hellwig die Seiten 259/271 widmet, kann überhaupt nicht anerkannt werden. —

Was zunächst die Rechtsnachfolge im Falle des Erlöschens eines dinglichen Rechtes betrifft, so darf Hellwig sich nicht auf Hölder, Pandekten S. 179/182, berufen; denn Hölder scheidet die Begriffe „Succession" und „abgeleiteter Erwerb" voneinander und polemisiert gegen die Identifizierung derselben; nach ihm fällt die Ersitzung unter die Succession, welche nicht nur dann vorliege, wenn der Vorgänger oder für ihn ein anderer zur Verfügung über sein Recht Befugter dem Nachfolger Platz macht, sondern auch dann, wenn der Vorgänger dem Nachfolger, weil neben diesem kein Platz mehr für ihn ist, weichen muß; keineswegs aber sei jeder abgeleitete Rechtserwerb ein Erwerb eines fremden, auf den Erwerber übergehenden Rechts; — insbesondere sei die sogenannte konstitutive Succession in Wirklichkeit keine Succession: ihre Auffassung als einer solchen beruhe auf der früher herrschenden, aber neuerdings als unzutreffend erkannten Auffassung des neuentstandenen Rechtes als eines durch Ausscheidung eines Stücks aus

dem Recht des Auktor entstandenen; der konstitutive Übergang (z. B. die Bestellung eines jus in re) sei vielmehr nur Rechtsübertragung im weiteren Sinne, und wie hiernach dieser Begriff der Rechtsübertragung im weiteren Sinne nicht nur Anwendung finde auf die Übertragung bereits bestehender Rechte, so finde er umgekehrt auch Anwendung auf die Übertragung bestehender, aber durch ihre Übertragung nicht sowohl auf einen andern übergehender als erlöschender Rechte; dann nämlich, wenn die Übertragung eines bestehenden Rechtes an diejenige Person erfolgt, deren eigenes Recht durch seine Existenz beschränkt und durch seinen Untergang von dieser Beschränkung befreit wird. —

Hölder stellt also zwar die konstitutive und die restitutive Rechtsübertragung als gleichartig nebeneinander, — jedoch in dem Sinne, daß beide ihrem Wesen nach von der Succession gerade verschieden sind. —

Und wenn Bekker Bd. 1 S. 113/114 den Namen „restitutiver Übergang" für den Fall, daß der Herr des Mutterrechts das konstituierte Tochterrecht zurückerwirbt, allerdings empfiehlt, so betont er doch S. 112 Note 1: „Nach dem Erlöschen des Tochterrechts steht das Mutterrecht ohne weiteres ebenso vollkommen wieder da, wie es vor der Herstellung jenes gewesen, ihm bleibt keine Lücke und es bedarf also auch keines besonderen Rückerwerbs, um solche zu füllen; also ganz anders als z. B. bei der Veräußerung einer realen pars fundi." —

Damit ist der Kern der Sache getroffen: stets und ausnahmlos trifft zu, daß das wegfallende jus in re ad proprietatem revertitur (vgl. l. 78 §. 2 D. 23,3), gleichviel ob das dingliche Recht von dem Berechtigten aufgegeben

wird oder aus einem in seiner Person liegenden Grunde kraft Gesetzes untergeht, oder ob es kraft der Bestimmungen der §§. 936, 945 erlischt: immer muß das Eigentum, da es an sich seinem Wesen nach schrankenlos ist (vgl. §. 903), sofort kraft Rechtsnotwendigkeit lückenlos werden: eine Aufgabe des dinglichen Rechtes *zu dem Zwecke*, daß dasselbe oder richtiger die Freiheit von demselben durch den Eigentümer erworben wird, — ist ein Unding, — dieser Erwerb tritt kraft Gesetzes ein, — er braucht nicht, *kann also erfolgreich gar nicht bezweckt werden*; der Grund dieses Erwerbs liegt im Eigentum, welches sich kraft seiner Idee zu seiner ursprünglichen Fülle wieder ausweitet, sobald die Beschränkung weggefallen ist.

Es ist also nur ein *bildlicher* (in §. 2077 I. E. noch fehlender, erst in der II. Kommission Prot. Bd. 5 S. 676, 684 eingeführter) Ausdruck, wenn §. 2366 sagt: „Erwirbt jemand von demjenigen, welcher in einem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, durch Rechtsgeschäft .... *die Befreiung von einem zur Erbschaft gehörenden Rechte*“: daß die Befreiung von einem jus in re wirklich einen aus der Person des bisherigen Berechtigten abgeleiteten Erwerb des Eigentümers darstelle, davon nachträglich zu reden war doch auch §. 2366 nicht der Ort, — davon hätte das Gesetz etwa in den §§. 875, 889, 892, 893, 936, 945 handeln müssen, während es in dem für §. 2366 vorbildlichen (K.Prot. Bd. 5 S. 684) §. 892 diese Befreiung von einem Recht nicht einmal erwähnt: dies sei — sagen Mot. Bd. 3 S. 215 — überflüssig, „da es nicht zweifelhaft ist, daß die Richtigkeit des Buchinhalts die Vollständigkeit in dem Sinne, daß nicht eingetragene Rechte als nicht bestehend und ge-

löschte Rechte als nicht mehr bestehend gelten, mit unter sich begreift"; jener Ausdruck des §. 2366 schildert rein descriptiv, in juristisch nicht glücklich gewählten Worten den Befreiungseffekt, darf sonach als Stützpunkt für die Erforschung des inneren Wesens dieser Befreiung nicht zu Grunde gelegt werden. —

„Aus analogen Gründen — fährt Hellwig S. 260 fort — ist es ein abgeleiteter Erwerb, wenn der Schuldner die Befreiung von seiner Verpflichtung oder die Änderung ihres Inhalts aus einer Verfügung des Gläubigers über die Forderung oder aus einem in dessen Person liegenden und kraft Gesetzes die Befreiung wirkenden Grunde erlangt. Auch hier ist es irrelevant, ob der Gläubiger die Verpflichtung unentgeltlich erließ oder ob er die Verfügung über die Forderung gegen Empfang der geschuldeten Leistung oder gegen eine Hingabe an Zahlungsstatt getroffen hat."

Also: der leistende, z. B. zahlende Schuldner erlangt seine Befreiung durch eine Verfügung des empfangenden Gläubigers! wenn der römische Bauer einen Sklaven kaufte, und auf den Zuruf „rausculo libram ferito" das Metall als echt nachgewiesen, richtig zugewogen und hingegeben hatte, dann ergriff er den Sklaven mit den Worten: „hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra" (Jhering, Geist, §. 46 S. 538/542): wäre ihm, — dieser Verkörperung energischer Selbstsucht, Jhering, Geist, §. 20 S. 319 ff., — klar zu machen gewesen, daß es nicht die Hingabe des Metalls (hoc aere), sondern eine Verfügung des Verkäufers, etwa dessen Schweigen (Jhering, Geist, §. 46 S. 542), war, welche ihn der Kaufpreisschuld ledig

machte! und wird der deutsche Bauer, der seine Hypothekenzinsen bezahlt, begreifen, daß nicht diese Zahlung, sondern erst eine auf diese Zahlung sich gründende Verfügung des Gläubigers es ist, die ihn von seiner Zinsschuld befreit!

„Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird," bestimmt §. 362, und Rehbein, Kommentar S. 268, bemerkt dazu: „die Erfüllung, solutio, d. h. die Leistung des Geschuldeten an den Gläubiger, ist nach allen Rechten die normale Art des Erlöschens von Schuldverhältnissen, deren Inhalt Recht und Pflicht zu einer einzelnen oder mehreren Leistungen ist"; Hellwig aber verschiebt den Schwerpunkt der Erfüllung, wenn er ihn in die Annahme von Seiten des Gläubigers — diese Annahme muß er mit dem Wort „gegen Empfang der geschuldeten Leistung" meinen, — verlegt; freilich ist die Annahme eine Verfügung, jedoch eine Verfügung, zu der der Gläubiger verpflichtet ist, wenn die Leistung richtig gemacht wird: „Die Leistung wirkt — resumiert Rehbein l. c. S. 277 — als Erfüllung tilgend, wenn sie durch den Schuldner (oder für ihn) an den Gläubiger (oder an ihn in der Person eines anderen) zum Zwecke der Erfüllung das leistet, was geschuldet wird"; nimmt der Gläubiger die ihm angebotene Leistung nicht an, so kommt er in Verzug, §. 293, und der Schuldner darf — um von seinen sonstigen Rechtsbehelfen zu schweigen, vgl. Rosenberg in Jahrb. Bd. 43 S. 213 ff. — hinterlegen §. 372, und wird dadurch, wenn er auf das Recht zur Rücknahme verzichtet, befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte, §. 378; der Schuldner hat es also nicht einmal nötig, den Gläubiger durch gerichtliches Urteil zur Annahme zu zwingen,

— die Annahme wird für den Befreiungseffekt völlig ausgeschaltet. —

Hellwig meint S. 260: „als eine ohne den Willen des Gläubigers eintretende, aber trotzdem von ihm abgeleitete Befreiung des Schuldners erscheint auch diejenige, die infolge der Aufrechnung und der Hinterlegung (unter Verzicht auf die Rücknahme) eintritt: denn die Wirkung der Aufrechnung ist davon abhängig, daß der Empfänger der Aufrechnungserklärung der Gläubiger in der zu tilgenden Forderung und der Schuldner in der zwecks Befreiung aufgeopferten Forderung ist. Ebenso ist die zu Gunsten einer bestimmten Person erfolgte Hinterlegung kein Befreiungsgrund, wenn diese Person nicht der Gläubiger war." —

Daß aber dieser Grund Hellwigs nur ein Scheingrund ist, liegt auf der Hand: natürlich muß an den richtigen Gläubiger gezahlt werden, und ebenso natürlich — mehr sagt die Begründung Hellwigs nicht — muß für den richtigen Gläubiger hinterlegt und gegen den richtigen Gläubiger mit einer von diesem geschuldeten Leistung aufgerechnet werden: wie soll aus diesen selbstverständlichen Sätzen gefolgert werden können, daß der Schuldner seine Befreiung nicht durch seine Zahlung, Hinterlegung, Aufrechnung gewinne, sondern vom Gläubiger, aus einer Verfügung desselben oder aus einem in dessen Person liegenden Grunde ableite, also qua Befreiung Rechtsnachfolger des Gläubigers sei?

Die Folgerung, welche Hellwig aus der angeblichen Rechtsnachfolge des zahlenden Schuldners zieht, ist denn auch nicht geeignet, von der theoretischen Haltbarkeit und von dem praktischen Nutzen dieser angeblichen

restitutiven Succession zu überzeugen: in der vielumstrittenen, hier nicht zu erörternden Frage nämlich, ob im Forderungsprätendentenstreit die rechtskräftige Feststellung zu Gunsten des einen oder andern den Schuldner binde (vgl. Wach, Rechtskraft S. 23, Fischer in Jahrb. Bd. 40 S. 197, Wach, Widerlegung S. 69, Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft S. 469), . . . vertritt Hellwig die Ansicht, daß die Rechtskraft aus dem Prozeß der dritten Personen (des Cedenten und des Cessionars) für den Schuldner keine Bedeutung habe; aber — meint er S. 268 — der Schuldner kann es jeden Augenblick zur Erstreckung der Rechtskraft bringen, indem er mit dem Sieger ein Rechtsgeschäft abschließt, insbesondere ihm Zahlung leistet.

Also: Der Cessionar ist im Prätendentenstreit zu Unrecht Sieger geblieben, der Schuldner weiß dies und könnte, da ja Rechtskrafterstreckung an sich zu verneinen ist, vom unterlegenen-Cedenten mit Recht belangt werden: dieses Recht des Cedenten soll der Schuldner dadurch vereiteln dürfen, daß er dem zu Unrecht siegenden Cessionar wissentlich zu Unrecht Zahlung leistet (denn die Rechtskrafterstreckung wird durch schlechten Glauben nicht ausgeschlossen), und der Cedent soll sich mit der Möglichkeit der Aufhebung des Urteils (im Wiederaufnahmeverfahren, Hellwig, S. 16, 142) trösten müssen! —

Eine Rechtsnachfolge, mittels deren derartige Künste ausgeübt werden können, ist doch ein fragwürdiges Gebilde! und es wird eine treffende Wertung sein, daß Regelsberger, S. 440/444, als die Arten der Succession die translative und die konstitutive Rechtsnachfolge unterscheidet, über eine sog. restitutive Succession aber schweigt.

V.

Rechtsnachfolge des Indossatars.

1. Zunächst kommt eine Rechtsnachfolge nicht in Frage bei dem Inkassomandat-Indossament, vgl. Staub, W.O. §. 5 ff. zu Art. 17. —

Hellwig S. 295 ff. will den auch vom R.G. Bd. 36 S. 55 anerkannten und durch Berufung auf Arglist begründeten Satz, daß die Einwendungen aus der Person des Indossanten dem Inkassomandat-Indossatar entgegengesetzt werden dürfen, — nicht mit der „fadenscheinigen Arglist", sondern anderweit, nämlich mit dem begründen, was generell bei der „Herleitung von Rechten vom Nichtberechtigten" gilt, und zwar meint Hellwig den §. 816 Abs. 1 Satz 2: der Beauftragte, der ein Vollindossament erhielt (der sog. Inkassomandatar), sei stets unentgeltlicher Erwerber, — jeder Vollindossatar sei Erwerber ohne Entgelt, wenn ihm das Recht lediglich zu dem Zwecke anvertraut werde, es für Rechnung des Fiduciaten geltend zu machen, — habe die Verfügung des Nichtberechtigten die Wirkung, daß eine Verpflichtung zu einer Leistung entstand, so habe der nach formellem Recht Verpflichtete den Anspruch auf Befreiung, und dieser könne, wie immer, so auch hier, einredeweise geltend gemacht werden. —

Diese neue Begründung Hellwigs dürfte aber um vieles weniger einleuchten, als die Begründung des R.G., welche lautet: „es muß für unstatthaft erachtet werden, daß die Form des verdeckten Prokuraindossaments dazu mißbraucht wird, Einreden gegen den Wechselanspruch abzuschneiden, die, wenn das Indossament den Bestim-

mungen des Art. 17 W.O. entsprochen hätte, ohne weiteres zulässig gewesen wären." —

Schon Staub, W.O. S. 96 Note 2, hat darauf aufmerksam gemacht, daß §. 816 Abs. 1 Satz 2 das Verhältnis zum Schuldner nicht betrifft; vor allem aber: wo ist denn bei dem Inkassomandat-Indossament von einer Verfügung eines Nichtberechtigten überhaupt die Rede? die Frage stellt sich doch gerade für den Fall, daß der berechtigte Wechselinhaber ein Vollindossament gibt, welches in Wahrheit nur ein Prokuraindossament ist! wo ist hier ein Nichtberechtigter? wie soll also der Indossatar durch die unentgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt haben?

Freilich bedarf es auch der reichsgerichtlichen Begründung mit der Arglist nicht; vielmehr ergibt sich das Rechtsverhältnis des Inkassomandat-Indossaments, — wie es Staub nach allen Richtungen (die Frage des zum Teil reinen, zum Teil behufs Inkasso gegebenen Indossaments übrigens dahingestellt, Staub, W.O. S. 68, R.G. 41 S. 114) zutreffend entwickelt, — daraus, daß dasselbe, — wie alle Fälle der von Staub so genannten Legitimationsübertragung, Staub, H.G.B. Anm. 13 zu §. 222, Anm. 3 im Exkurs zu §. 224, Staub, Gesellschaften mit beschränkter Haftung Anm. 71 zu §. 15, R.G. Bd. 53 S. 417 und dazu Staub, in Jur. Zeit. 1903 S. 389, — ein Anwendungsfall des §. 185 Abs. 1 B.G.B. ist. —

Diese, — so weit ich sehe, durchweg (Leonhard ausgenommen) stiefmütterlich behandelte, in den Kommissionsprotokollen nicht weiter erörterte — Bestimmung des §. 185 Abs. 1 wird Mot. Bd. 2 S. 138/139 zu §. 309

I. E. dahin erläutert: „wenn jemand einwilligt, daß ein anderer über sein, des Einwilligenden, Gut in eigenem Namen rechtlich verfügt, so liegt hierin zugleich die Ermächtigung zu solcher Verfügung. Es muß also die rechtliche Disposition des andern, der dingliche Vertrag, um welchen es sich hier allein handelt, wirksam sein, gleich als ob dieser andere über sein eigenes Recht verfügt hätte"; und Leonhard, Allg. Teil des B.G.B. S. 342, führt aus: „Einwilligungen eines Berechtigten zu einer Verfügung, die ein anderer in eigenem Namen über ein Vermögensstück des Einwilligenden treffen soll, sind dem bisherigen Rechte völlig fremd. Unmöglich ist es dem Herrn eines Vermögensstückes nach bisherigem Rechte, dies Stück der Verfügung eines andern so zu unterwerfen, daß es zwar nicht in des andern Vermögen fällt, also dessen Gläubigern nicht haftet, daß aber dieser andere dennoch darüber in seinem Namen soll verfügen dürfen, gerade wie über einen eigenen Vermögensgegenstand. Anders das B.G.B., das solche Geschäfte erlaubt. Es schafft damit eine neue Verkehrsform, — es gestattet dieses die Sachlage verschleiernde Geschäft . . . Die Zulassung dieser neuen Verkehrsform läßt sich durch die große Mannigfaltigkeit der neueren Verhältnisse erklären." —

Solche Nichtberechtigte, welche kraft der Einwilligung des Berechtigten wirksam verfügen, sind der Cessionar zum Inkasso und der Inkassomandat-Indossatar: der letztere ist also überhaupt nicht ein Erwerber, sondern, wenn dieser Ausdruck ohne Eingehen auf die mit 1857 (Jahrb. Bd. 1 S. 312) anhebende Literatur desselben hier gestattet ist, ein Ersatzmann, der — nach innen — über fremdes Recht verfügt, und dem deshalb Einwendungen nicht nur aus seiner Person, sondern eben aus diesem fremden Recht

entgegenstehen; und ebenso steht ihm entgegen die Einwendung, daß seine Ersatzmannschaft infolge Zurückziehens der Einwilligung aufgehört habe: es brauchte also die Entscheidung des R.G. Band 53 S. 417, — wo die Einwilligung in Form einer Inkasso-Cession erteilt war und auf einem widerruflichen und widerrufenen Auftrag beruht hatte, — nicht auf Argliſt des trotzdem klagenden Inkasso-Cessionars abstellen, — die Klage war abzuweisen, weil nunmehr ein Nichtberechtigter ohne Einwilligung des Berechtigten verfügen wollte. —

2. Zum Zweiten ist jede Rechtsnachfolge ausgeschlossen, wenn der Indossatar das Eigentum des Wechsels kraft seines guten Glaubens erwirbt; auch hier kann keine Rede davon sein, daß der nichtberechtigte Indossant etwa das Wechsel-Eigentum des Berechtigten auf den Indossatar überträgt, und zwar zeigt sich dies hier noch deutlicher als bei den Bestimmungen des B.G.B., weil hier nach Art. 74 W.O. auch der Mangel der Geschäftsfähigkeit des Indossanten durch den guten Glauben des Erwerbers geheilt wird; Hellwig nimmt zwar S. 291 Note 6 mit Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 455 das Gegenteil an, ohne sich darüber zu äußern, wie dies gegenüber dem völlig abweichenden Wortlaut des Art. 74 W.O. einerseits, der §§. 932/936 B.G.B. und des §. 366 H.G.B. andererseits zu begründen sein könnte, vgl. die überzeugende Darlegung Staubs in §. 3 zu Art. 74 W.O., daß der gute Glaube nach Art. 74 W.O. alle Mängel des materiellen Erwerbsvertrags heilt.

3. Wohl aber ist Rechtsnachfolge gegeben, wenn der Indossatar den Wechsel von dem geschäftsfähigen und verfügungsberechtigten (vgl. K.O. §. 7 und Staub §. 4 zu Art. 74 W.O.) Eigentümer auf Grund eines gültigen

Begebungsvertrages durch formrichtiges Indossament erwirbt (über R.G. Bd. 47 S. 69 ff. siehe oben S. 34); dann ist der Indossatar Rechtsnachfolger des Indossanten im Eigentum des Wechsels, aber nur in diesem Eigentum, — nicht bezüglich der Rechte aus dem Wechsel, welche trotz der irreführenden Ausdrucksweise des Art. 10 W.O. nicht übergehen, sondern für jeden Eigentümer des Wechsels aus dem Eigentum neu erfließen, da der Wechsel der Träger der Wechselobligation ist. —

Gerade dieses wollen besagen die von Hellwig S. 290/291 Note 5 und 7 mit Unrecht bemängelten Wendungen in R.O.H.G. Bd. 24 S. 3. „Jeder Indossatar erwirbt durch das Indossament des legitimierten Vormannes Rechte gegen dessen Vormänner und den Acceptanten aus eigenem unmittelbarem Recht, nicht durch Eintritt in die Rechte des Vormannes," und in R.G. Bd. 43 S. 41: „Der Kläger gilt zwar wechselrechtlich als Nachmann des T., nicht aber als dessen Rechtsnachfolger, sondern er hat durch das Giro die Rechte aus dem Wechsel unabhängig von der Person des T. erworben (Art. 10 W.O.)"; . . . vgl. Lehmann in Jahrb. Bd. 34 S. 429: „der Indossatar ist Eigentümer des Wechsels; ihm stehen als solchem die Rechte aus dem Wechsel zu"; dem gegenüber kann es nicht als zutreffend erachtet werden, wenn Staub, Anm. 3 zu Art. 10 W.O., ausführt: „Der Wechselanspruch gehe zwar nicht in derjenigen Gestalt, wie er dem Indossanten zusteht (vgl. Art. 16 Abs. 2), wohl aber in derjenigen Gestalt über, wie er sich abstrakt aus dem Wechsel ergibt; das reine redliche Indossament sei daher zwar ein übertragender Akt, indem das Eigentum am Wechsel

und der Wechselanspruch übertragen wird, — aber eine Übertragung, welche das übertragene Recht in der Person des Erwerbers verstärkt, eine rechtsverstärkende Übertragung"; und noch weniger zutreffend ist, wenn Hellwig S. 290 Note 5 bemerkt „die Orderqualität begründet die Möglichkeit, daß durch die Begebung für den Erwerber neue Rechte begründet werden, Rechte, die vorher dem Begebenden nicht zustanden; aber die Begründung erfolgt nicht Kraft des Rechts des Erwerbers, sondern kraft des Rechts des Begebenden." —

Eine Übertragung des Wechselanspruchs findet vielmehr überhaupt nicht statt, noch weniger eine Begründung desselben kraft des Rechts des Begebenden, sondern der Wechselanspruch ist dem Wechseleigentum immanent, — er ist die besondere Qualifikation des Wechselpapiers.

Daraus aber, daß der Indossatar Rechtsnachfolger seines Indossanten nur zum Betreff des Eigentums am Wechsel ist, ergibt sich, daß Staubs Ausführung über den Einwand des dolosen Rechtserwerbs — §§. 15 und 16 zu Art. 82 W.O. — nicht haltbar ist. —

Zwar ist es richtig, daß die Praxis der untern Gerichte unter der dem Indossatar entgegenstehenden exceptio doli die Fälle versteht, wo jemand wissend, daß dem Wechselgläubiger ein Einwand entgegensteht, den Wechsel erwirbt, also den Einwand des dolosen Rechtserwerbs; — der Verfasser selbst kann diese Praxis aus langjähriger landgerichtlicher Tätigkeit bezeugen; — diese Praxis und der sie begründende Satz, daß doloser Rechtserwerb schon dann vorliegt, wenn der Erwerber weiß, daß ein begründeter

Einwand vorliegt, und er dennoch den Wechsel erwirbt, — entbehren jedoch des zureichenden Fundaments. —

Staub, S. 204, findet „den Rechtsgrund, weshalb die Einwendungen zugelassen werden gegenüber dem Indossatar, der sie beim Erwerb kannte, — in den Vorschriften, nach welchen Rechte von dem Nichtberechtigten hergeleitet werden: allen diesen Vorschriften sei entsprechend ihrem gemeinsamen Zweck gemeinsam, daß der gutgläubige Erwerb geschützt werden solle; derjenige, der von einem Nichtberechtigten ein Recht erwerbe, solle geschützt werden, wenn er in gutem Glauben erworben hat; zu diesen Vorschriften gehören auch die wechselrechtlichen, kraft deren der gutgläubige Indossatar dieses Wechsels mehr Rechte erwerben kann, als der Indossant sie hatte; die Voraussetzung der rechtsverstärkenden Übertragung sei aber nach den Grundgedanken des neuen Reichsrechts die Gutgläubigkeit, die Redlichkeit des Erwerbers, die sicher fehle, wenn der Erwerber die Mängel des Rechts kannte."

Auch hier wiederum (vgl. die Ausführungen gegen Wendt oben S. 66 ff.) wird also mit einem angeblichen reichsrechtlichen Grundgedanken des gutgläubigen Erwerbs operiert, — auch hier wieder wird der durch willkürliche Abstraktion gewonnene, in den Kommissionsprotokollen ausdrücklich abgelehnte generelle Satz, daß der gutgläubige Erwerb von einem Nichtberechtigten zu schützen sei, aufgestellt, und dieser praktisch und theoretisch gefährliche Satz wird angewendet auf den Erwerb obligatorischer Rechte, nämlich auf die angebliche Übertragung des Wechselanspruchs: wie wenig aber der Gesetzgeber gewillt war, den gutgläubigen Erwerb obligatorischer Rechte zu schützen, zeigt doch die Entstehungsgeschichte des §. 405, K.Prot. Bd. 1 S. 389/390, dessen Ausdehnung auf die

Vereinbarung, daß die Abtretung ausgeschlossen sein solle, in der II. Kommission sogar nur durch Stichentscheid des Vorsitzenden angenommen wurde, K. Prot. Band 6 S. 167/168. —

Hier handelt es sich aber weiter gar nicht um den Erwerb, um die Übertragung obligatorischer Rechte: übertragen wird nur das Eigentum am Wechsel, aus welchem sich der mit ihm verknüpfte Wechselanspruch ohne weiteres ergibt: es kommt also lediglich auf die sachenrechtlichen Vorschriften an, und gerade auf diesem Raum, für den Erwerb dinglicher Rechte, betätigt sich der positiv-gesetzliche Schutz des gutgläubigen Erwerbs, sowohl nach dem B.G.B. als nach Art. 74 W.O.; der gute Glaube des Erwerbers besteht nach §. 932 nur darin, daß derselbe glaubte und ohne grobe Fahrlässigkeit glauben durfte, der Veräußerer sei Eigentümer der Sache: obligatorische Ansprüche Dritter in Ansehung der Sache, insbesondere auf Übertragung des Eigentums, sind völlig unerheblich, — es schadet nicht, wenn der Erwerber solche obligatorischen Ansprüche kennt; Dernburg Sachenrecht S. 185/186 und dazu Romeick, dinglicher Vertrag, in Jahrbüchern der Württemb. Rechtspflege Bd. 12 S. 119; und ebenso verhält sich Art. 74 W.O. ausschließlich über den dinglichen Erwerb des Wechseleigentums: der Erwerber ist in gutem Glauben, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit glaubt, der Indossant sei Eigentümer oder zur Veräußerung befugt oder geschäftsfähig: auch dieser Artikel stellt sich durchaus außerhalb der obligatorischen Beziehungen zwischen dem Indossanten und dem Wechselschuldner. —

Daß z. B. eine Stundungsvereinbarung zwischen dem Indossanten und dem Wechselschuldner getroffen war, geht trotz seiner Kenntnis hievon den sonst gutgläubigen In-

dossatar nichts an: er erwirbt das Eigentum am Wechsel und aus diesem erwächst ihm neu der skripturmäßige Wechselanspruch; gerade so, wie der, welcher vom Eigentümer, oder gutgläubig vom Nichteigentümer ein Roß zu Eigentum erwirbt, sich darum nicht zu kümmern braucht, daß der Veräußerer, wie ihm, dem Erwerber, beim Erwerb bekannt war, das Roß vorher an einen Dritten verkauft, oder einem Dritten zu vermieten versprochen hatte. —

Die bloße Kenntnis des Indossatars von Einwendungen des Schuldners genügt also nicht, um diese Einwendungen gegen den Indossatar überzuleiten: und zwar gilt dies von allen Einwendungen, auch von dem Einwand der Zahlung, welcher eine besondere Behandlung (wie bei Dernburg §. 276 S. 323 und S. 330) weder erheischt, noch konsequenterweise zuläßt; immer dann, wenn zugegeben werden muß, daß der Indossatar das Wechseleigentum erwirbt, — und derselbe erwirbt das Eigentum, auch wenn er wußte, daß der Wechsel bereits bezahlt ist, — entsteht ihm der skripturmäßige Wechselanspruch. —

Eventuell will Staub seine Ansicht vom dolosen Wechselerwerb auf §. 826, 853 stützen; damit aber mündet er selbst in die von ihm bekämpfte oberstrichterliche Praxis ein, der zu folge ein arglistiges Zusammenwirken, eine Kollusion zwischen Veräußerer und Erwerber, um dem Wechselschuldner die von ihnen beiden für begründet erkannten Einwendungen abzuschneiden, — erforderlich ist, — wenn dem Indossatar die gegen den Indossanten begründeten Einwände sollen entgegengesetzt werden können; denn ein gegen die guten Sitten verstoßender Mißbrauch seines formalen Wechselrechts im Sinne des §. 826 (un-

erlaubte Handlung) wird dem Indossatar immer nur dann zur Last fallen, wenn er in der eben bezeichneten Weise mit dem Indossanten arglistig zusammengewirkt hat. —

So entbehrlich der übrigens den Kern der Sache richtig herausschälende Gesichtspunkt der Arglist ist, um die Zulässigkeit der Einwendungen gegen den Inkassomandat-Indossatar zu begründen, — so unentbehrlich ist die exceptio doli generalis hier (vgl. Rehbein, Kommentar Bd. 1 S. 151, Bd. 2 S. 13; Regelsberger in Krit. Viertelj. schr. f. G. u. R. 1902 S. 433/435), und es müssen insoweit die Entscheidungen des R.O.H.G. Bd. 6 S. 4/5, Bd. 7 S. 250, 251, 253, Bd. 8 S. 357; Bd. 10 S. 391, Bd. 12 S. 52, Bd. 13 S. 262/263, Bd. 23 S. 338/339, Bd. 25 S. 302 als heute noch zutreffend erachtet werden; es wäre eine bedenkliche Lähmung der materiellen Wechselstrenge, wenn schon die Kenntnis des Indossatars von der Existenz schuldnerischer Einwendungen genügen sollte, um diesen Einwendungen auch gegen den Indossatar Raum zu geben, und es darf denn auch nach dem dermaligen Stande der Literatur gehofft werden, daß die oberstrichterliche Judikatur sich durch die Angriffe Staubs und Hellwigs gegen den Gesichtspunkt der Arglist, — unter welchen die Kenntnis des Indossatars von der wirklich schon erfolgten Zahlung der Wechselschuld meist, wenn nicht immer fallen wird, (es kommt immer auf die Umstände des einzelnen, konkreten Falles an R.O.H.G. Bd. 7 S. 251), — nicht wird beirren lassen, vgl. die zum Teil zutreffende Ausführung Sydows in Busch Z. Bd. 2 S. 509/512. —

Der Angriff insbesondere, welchen Hellwig S. 302/303 gegen das Urteil des R.G. Bd. 36 S. 55 richtet, — geht durchaus fehl: er sagt „Unredlich, arglistig,

den Zwecken der Rechtsordnung zuwiderlaufend nennt das Reichsgericht das Verhalten des Indossanten deshalb, weil er es bei der einmaligen Rechtsverfolgung nicht bewenden lassen wollte; aber diese geschah doch durch einen Dritten! Die Wiederholung der Klage könnte man allenfalls dann arglistig nennen, wenn die Rechtskrafterstreckung hier anerkannten Rechtes wäre, und der Indossant sich mit der sie statuierenden Rechtsvorschrift in Widerspruch setzen wollte; aber da die Rechtskraftwirkung trotz Verschiedenheit der Prozeßparteien ja gerade erst gerechtfertigt werden soll, so fällt die ganze Argumentation des hohen Gerichtshofs in sich zusammen: sie benutzt das thema probandum zur Begründung". —

So liegt die Sache aber durchaus nicht.

Das R.G. lehnt den Gesichtspunkt der Rechtskrafterstreckung *gerade ab* mit den Worten: „auf Grund eines bestehenden Rechtsnachfolgeverhältnisses kann demnach aus dem gegen J. ergangenen Urteile keine Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache hergeleitet werden," — ist also weit davon entfernt, die Arglist *damit* zu begründen, daß der Indossant gegen die Grundsätze über Rechtskrafterstreckung verstoße; vielmehr wird die Arglist darin gefunden, daß der Indossant selbst es war, der über sein eigenes Wechselrecht durch den verdeckten Prokuraindossatar als durch eine lediglich vorgeschobene Person im Vorprozesse hatte entscheiden lassen: die (wie betont, entbehrliche) Arglist wird also lediglich aus dem materiellen Rechtsverhältnis zwischen dem Indossanten und dem verdeckten Prokuraindossatar abgeleitet; — und damit steht das Urteil R.G. Bd. 43 S. 41 nicht in Widerspruch, wie *Hellwig* meint: dort hatte T. als Inkassomandatar des E. K. den Vorprozeß geführt und war aus irrigen Gründen

rechtskräftig abgewiesen worden: nach Erlaß dieses Vor-Urteils hatte E. K. durch den abgewiesenen T. ein Blankogiro auf den nunmehrigen Kläger, der wiederum nur Inkassomandatar des E. K. war, setzen lassen: das R.G. schließt ganz richtig, daß E. K., wie er selbst nicht über sein eigenes Wechselrecht zum zweitenmale hätte prozessieren dürfen, dies auch nicht durch den zweiten Inkassomandatar, den nunmehrigen Kläger, tun darf: die Arglist liegt in dem nochmaligen Prozessierenwollen über dasselbe eigene Recht, und wird natürlich nicht dadurch beseitigt, daß das zuerst ergangene und rechtskräftig gewordene Wechseljudikat auf irrigen Gründen beruhte. —

4. Daß das Gläubigerrecht des einlösenden Indossanten durch eine Verfügung, durch einen Rechtsakt des Regredienten wieder lebendig wird (R.O.H.G. Bd. 24 S. 1 ff., R.G. Bd. 34 S. 52), davon vermag die Ausführung Hellwigs S. 298 ff. ebensowenig zu überzeugen, wie seine Darlegung S. 259 ff. die sogen. restitutive Succession annehmbar machen konnte. —

Auch hier ist es nicht die Einziehung der Regreßsumme durch den Regredienten, sondern die immer nur gegen Auslieferung des Wechsels (W.O. Art. 54, 48) erfolgende Zahlung des einlösenden Indossanten, mittels welcher der Indossant die condicio juris, von der die Wiedererlangung der inzwischen suspendiert gewesenen Befugnis zur Geltendmachung des Gläubigerrechts abhängt, — erfüllt, R.O.H.G. Bd. 24, S. 9, nämlich den Inhaber zur Rückgabe des Wechsels zwingt. —

Hellwig statuiert von seinem Standpunkt aus prinzipiell Rechtskrafterstreckung, — wie früher aus der Person des Indossanten gegen den Indossatar, — so hier bei der Einlösung aus der Person des Indossatars gegen den ein-

lösenden Indossanten: der Erwerb, den der einlösende Vormann mache, stehe unter denselben singulären, aus Art. 36 W.O. zu entnehmenden Grundsätzen, wie der Erwerb des Indossatars; demgemäß schade auch hier die Erstreckung der Rechtskraft dem Einlösenden nicht, es sei denn, daß der Vormann bei der Einlösung des Wechsels die gegen den Regredienten bestehende und dessen Abweisung begründende Einwendung gekannt hat; diesem Satze sei jedoch eine aus dem Schutze, welchen der Zahlende gemäß Art. 36 Satz 5 genieße, resultierende Beschränkung hinzuzufügen; der Zahlende dürfe, aber müsse nicht die Echtheit der Indossamente prüfen; ist sonach der Regredient Inhaber eines in blanco indossierten Wechsels, den er sich rechtswidrig angeeignet hat, oder ist er durch gefälschtes Indossament legitimiert, so erwerbe der Indossant durch die Verfügung dieses Nichtberechtigten seine Rechtsstellung zurück, auch wenn er den Mangel in der Person des Regredienten kannte: demgemäß stehe ihm gegenüber dem Schuldner auch die Rechtskraft nicht entgegen, wenn er von diesem Zahlung begehre, obwohl die Zurückweisung des Regredienten erfolgt war. —

Also der Indossant, welcher wissentlich dem Diebe oder Fälscher eine angebliche Regreßsumme hinwirft, — soll den Wechsel richtig wieder erworben, — soll durch eine Verfügung des Diebes seine Rechtsstellung als zur Geltendmachung des Forderungsrechts berechtigter Wechselgläubiger unanfechtbar zurückerlangt haben! ist das glaublich? ist das annehmbar? ist eine solche Gesetzesbestimmung möglich?

Art 36 Satz 5 W.O. sagt denn auch nichts dergleichen: er spricht nur von dem Falle, wo noch etwas zu prüfen ist, — nichts aber darüber, was Rechtens ist, wenn es für

den Einlösenden nichts mehr zu prüfen gibt, weil er bereits weiß, daß der vorgebliche Regredient Dieb oder Fälscher ist: hierüber verhält sich ausschließlich Art. 74 W.O., — wie sich denn überhaupt die zuvor hervorgehobenen Kategorien des Wechselerwerbs — Inkassomandatar, Erwerb des Wechseleigentums kraft guten Glaubens, ordnungsmäßiger Erwerb des Wechseleigentums von dem Wechseleigentümer — mit den dargelegten Konsequenzen für die Frage der Rechtsnachfolge bei der Einlösung des Wechsels einfach wiederholen. —

Von der prinzipiellen Rechtskrafterstreckung, — von dem Satze, daß dem Rückerwerber die Rechtskraft aus der Person des Indossatars schlechthin entgegenstehe, wenn er in Kenntnis der Rechtshängigkeit oder der Rechtskraft zurückerworben habe, — will Hellwig S. 301 eine zweite Ausnahme machen, — nämlich dann, wenn der Rückerwerb kraft der wechselmäßigen Regreßpflicht erfolgt.

Der Indossant hat aber auch ein nach seiner Willkür zu verwirklichendes Einlösungsrecht, W.O. Art. 48, R.O.H.G. Bd. 24 S. 64: warum soll seine Lage eine völlig andere sein, je nachdem er den Wechsel kraft seiner Regreßpflicht oder kraft seines Einlösungsrechts zurückerwirbt? Da er die gesetzliche Befugnis hat, den Nachmann — natürlich nur den gehörig legitimierten und natürlich nur den von ihm gutgläubig als solchen angenommenen Nachmann — auszuschalten, und seinem inzwischen nicht untergegangenen, sondern nur latent gebliebenen Gläubigerrecht wieder Aktionsfähigkeit zu verschaffen, — was gehen ihn die Prozeßhandlungen dieses Nachmanns weiter an, als soweit in diesem Prozeß des Nachmanns dessen Wechseleigentum in Frage gestellt ist, und soweit er wirklich dessen Wechseleigentum

(also nicht das Wechseleigentum kraft seines guten Glaubens) erwirbt?

Soweit aber muß auch der, welcher kraft seiner Regreßpflicht einlöst, als Rechtsnachfolger des Indossatars im Eigentum am Wechsel den Prozeß des Indossatars gegen sich gelten lassen. —

5. Immer nämlich, wo der Erwerb des Eigentums am Wechsel translativ erfolgt, — in dem zuvor Ziffer 3 erörterten Falle, — ist der Wechselerwerber qua Eigentum am Wechsel wirklicher Rechtsnachfolger des bisherigen Eigentümers: immer also muß auf diesen Erwerber §. 325 C.P.O. Anwendung finden. —

Dabei handelt es sich jedoch nicht um das Eigentum am Wechsel als an einem Stück Papier, sondern um das Eigentum am Wechsel als an einem Träger der Wechselobligation. —

Wenn also z B. — es wird hier die Wechseltheorie Staubs, — Allgemeine Einleitung §§. 9/17, als in der Hauptsache zutreffend zu Grunde gelegt, — der Trassant an eigene Order nach Rechtshängigkeit eines Rechtsstreits gegen den die Echtheit der Acceptunterschrift bestreitenden Acceptanten indossiert, so trifft die Rechtskraft den Indossatar, der beim Indossament die Rechtshängigkeit kannte: wird rechtskräftig festgestellt, daß das Accept gefälscht ist, dann steht fest, daß der Indossatar das Eigentum am Wechsel als einem Träger einer Wechselobligation des Acceptanten nicht übertragen erhalten konnte; — der Indossatar wollte insoweit Rechtsnachfolger des Indossanten werden; — die Rechtskraft des Indossantenurteils wirkt für und gegen ihn als Rechtsnachfolger; — ein Resultat, welches mit dem Ergebnis Hellwigs S. 292 zu einem Teile übereinstimmt. —

Im übrigen aber gehen, — um die von Staub §. 4 zu Art. 10 W.O. acceptierte Formulierung Bernsteins S. 85 zu wiederholen, — die seitens des Indossanten durch Klagerhebung, Zwangsvollstreckung oder durch Konkursanmeldung erworbenen Vorteile den Indossatar nichts an, wie ihm auch die vom Indossanten bei diesen Rechtsgängen erlittenen Niederlagen nicht schaden; vgl. Bernstein S. 85 Anm. 5; nur muß von dieser Regel das versteckte Prokuraindossament ausgenommen, und der dem Urteil des R.O.H.G. Bd. 10 S. 156 unterliegende Fall in entgegengesetztem Sinne entschieden werden: da nämlich das versteckte Prokuraindossament das Eigentum am Wechsel auf den Indossatar eben nicht überträgt, — wie das R.O.G. G. noch annehmen zu müssen glaubte, — vielmehr die Verfügungen des Indossatars lediglich Verfügungen sind, welche ein Nichtberechtigter über die Wechselrechte des Berechtigten, des Indossanten, kraft dessen Einwilligung trifft (§. 185 Abs. 1), so ergibt sich, daß die von diesem Indossatar im Rechtszuge erworbenen Vorteile und erlittenen Nachteile dem Indossanten erwachsen sind. —

VI.

Zu §. 325 C.P.O.

Eine eingehende Erläuterung des §. 325 C.P.O. liegt außerhalb des Rahmens dieser Blätter; zu der Auslegung Hellwigs S. 190/202, 480/488 nur einige Randglossen. —

1. Hellwig betont, daß Abs. 2 des §. 325 C.P.O. nicht lautet: „die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu

Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, bleiben unberührt," auch nicht so wie §. 266 Abs. 2 C.P.O. und §. 238 alt C.P.O. („kommen insoweit nicht zur Anwendung, als diese Vorschriften entgegenstehn"), sondern: „die Vorschriften .... finden entsprechende Anwendung"; entsprechende Anwendung sei stets analoge Anwendung; analoge Anwendung sei möglich, soweit in jenen Vorschriften auf die Kenntnis und das Kennenmüssen abgestellt wird, und sie ergebe hier folgendes Resultat: wie die Kenntnis des Rechtsmangels dem Erwerber in materiellrechtlicher Beziehung entgegensteht, so wirke auch das Urteil gegen ihn, wenn er die Rechtshängigkeit gekannt hat, und in den Fällen, in denen das Kennenmüssen dem Kennen gleichsteht, wenn er sie hätte kennen müssen; mit andern Worten, dieses Kennen, bezw. Kennenmüssen werde dem Kennen, bezw. Kennenmüssen des Mangels gleichgestellt. —

Bis hierher ist die Auffassung Hellwigs nicht zu beanstanden und auch nicht neu; sie stimmt durchaus mit Mot. Bd. 1 S. 380, welche zu dem mit Abs. 2 des §. 325 C.P.O. wörtlich übereinstimmenden Abs. 2 des §. 192 I. E. bemerken: „die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ist ausgeschlossen, wenn der dritte Erwerber die Rechtshängigkeit oder das Vorhandensein des rechtskräftigen Urteiles gekannt hat: das Gleiche gilt von der Berufung auf den Erwerb im guten Glauben bei beweglichen Sachen mit der Maßgabe, daß auch das Kennenmüssen in Betracht kommt. Beides liegt schon in der vorgeschriebenen „entsprechenden" Anwendung der bezeichneten Vorschriften." —

„Jedoch — fährt Hellwig S. 195 fort, — bezieht

sich diese Gleichstellung nur auf den Prozeß, nur auf die Rechtskrafterstreckung. Sie bedeutet also nicht, daß bei Kenntnis der Rechtshängigkeit der Dritte, dem ein eingetragener Widerspruch nicht entgegensteht, und der auch keine Kenntnis von dem Rechtsmangel hat, nicht das Recht erwerben könnte, sondern lediglich, daß er im Verhältnis zu dem Gegner des Veräußerers mit der Behauptung, der letztere habe ihm das Recht verschafft oder die Belastung sei untergegangen, nicht gehört wird. Er muß also das Eigentum des siegreichen Vindikanten diesem gegenüber anerkennen, er kann das Bestehen der festgestellten Grundgerechtigkeit nicht bestreiten und deshalb auch die Bewilligung der Grundbuchsberichtigung nicht verweigern. Wird aber das Urteil im Wiederaufnahmeverfahren beseitigt, so entfällt diese prozessuale Wirkung." —

Damit haben wir also wieder einmal ein materielles nudum jus in der Hand, — ein civilrechtlich richtig erworbenes Recht, mit welchem aber der Erwerber infolge seiner Kenntnis von der Rechtshängigkeit dem im Prozeß siegenden Vindikanten gegenüber prozessual nicht gehört wird, Hellwig S. 13; — auch hier reißt Hellwig, wie er dies in §. 2 S. 7/21 tut, Civilrecht und Civilprozeß auseinander; — das Civilrecht soll seinen Weg gehen, und die rein civilprozessuale Wirkung der Rechtskraft, die Unbestreitbarkeit, soll ihren Weg gehen!

Damit aber wird eine Verwirrung und eine Rechtsungewißheit ohnegleichen geschaffen, während doch das rechtskräftige Urteil der Schlußakt gerade eines Rechtsvergewisserungsverfahrens sein soll!

Wie ist es, wenn dieser Erwerber mit seinem angeblich ihm verbleibenden nudum jus die betreffende bewegliche Sache wieder in die Hand bekommt und als materiell-

rechtlich Eigentümer an einen mit der ganzen Sachlage bekannten Dritten veräußert? (weiß der Dritte von dem Prozeß des Auktors seines Auktors nichts, so muß er kraft seines guten Glaubens Volleigentümer werden, auch dem siegreichen Vindikanten gegenüber); dann wird auch dieser Dritte nur nackter Eigentümer!

Und wie ist es, wenn der zu Unrecht siegende Vindikant veräußert?

„War der Besiegte Eigentümer, — lehrt Hellwig S. 15, — so ist damit der einzige, der dem Sieger die Sache abstreiten könnte, weggefallen, und so ist dieser, solange er sich im Besitze befindet, im praktischen Resultat so gesichert, als wäre er der Eigentümer. Aber er ist es nicht, was sich sofort im Verhältnis des Siegers zu dritten Personen sowie dann zeigt, wenn das Urteil infolge einer Wiedereinsetzung oder im Wiederaufnahmeverfahren aufgehoben wird. Veräußert der Sieger die Sache weiter, so kann der Erwerber (geradeso wie der Sieger selbst) trotz der res judicata von Anfang an in bösem Glauben sein, so z. B. wenn er weiß, daß das Urteil auf einem Meineid beruht oder daß ein sonstiger Grund für die Restitutions- oder für die Nichtigkeitsklage vorliegt."

Wenn der vom Sieger erwerbende Dritte diesen für den richtigen Eigentümer hält, dann erwirbt er Eigentum kraft seines guten Glaubens: wenn dies aber nicht der Fall ist, dann rückt er als Rechtsnachfolger des Siegers jedenfalls in die Rechtsstellung der „civilprozessualen Unbestreitbarkeit" ein, gleichviel ob er das Urteil für richtig ergangen hält, oder ob er weiß, daß dasselbe auf einem Meineid beruht, oder ob er beim Erwerb von dem Urteil gar nichts weiß. —

Wir haben also dort eine Reihe von nackten Eigen-

tümern, hier eine Reihe von mit civilprozessualer Unbestreitbarkeit ihres Scheineigentums ausgerüsteten Scheineigentümern! —

Es dürfte unmöglich sein, diese Unterscheidung dem Rechtsbewußtsein des Volkes nahe zu bringen: wie soll dem Bürger und Bauer geantwortet werden, der von dem siegreichen Vindikanten erworben hat und vorbringt, ihm seien allerdings die Tatsachen, die den Sieger als Nichteigentümer, den Beklagten als Eigentümer erscheinen lassen, — bekannt gewesen, er habe auch bis zum Urteil den Beklagten für den Eigentümer gehalten, er habe sich aber auf die Richtigkeit des Urteils verlassen und den Sieger nunmehr deshalb für den Eigentümer gehalten, weil er Sieger war? —

Will geantwortet werden, dies sei eben ein Rechtsirrtum, — wirkliches civilrechtliches Eigentum und civilprozessuale Unbestreitbarkeit kraft Rechtskraft seien verschiedene Dinge, — und es sei eine grobe Fahrlässigkeit, daß der Frager diese Dinge verwechsele? —

Nicht erfindlich ist auch, wie Hellwig S. 11, 15 sich für seine Auffassung vom Wesen der sogen. materiellen Rechtskraft auf Bülow berufen kann; gerade die von Hellwig zitierten Stellen A. f. c. Pr. Bd. 83 S. 64, Geständnisrecht S. 74/92 und etwa noch A. f. c. Pr. Bd. 62 S. 89/96 dürften ergeben, daß Bülow einen völlig andern (von ihm in Busch Z. Bd. 31 S. 191/270 bestätigten und weiter ausgeführten) Standpunkt einnimmt; und es wird zum Beweise genügen, nur einige Sätze Bülows herauszuheben:

A. f. c. Pr. Bd. 62 S. 93/94: „darin, daß im Civilprozeß das konkrete Recht erst durch die Bemühungen der Parteien herausgearbeitet wird, liegt auch der

Grund, weshalb die Rechtskraft des Urteils auf die Parteien und auf den von ihnen zum Rechtsspruch verstellten Anspruch beschränkt bleiben muß . . ."

„Durch das richterliche Urteil findet erst eine Entwickelung, eine Fortführung der abstrakten, allgemeinen, hypothetischen Rechtsgrundgedanken bis zur wirklichen konkreten Rechtsnormierung statt" . . .

„Von diesem Standpunkt versteht sich die Rechtskraft des Urteils ebenso, ja noch mehr von selbst wie die absolute Verbindlichkeit des Gesetzes". —

A. f. c. Pr. Bd. 83 (§. 3 „die rechtsbestätigende Kraft des Urteils" S. 53/65) S. 64: „Das Urteil, die konkrete, staatliche Rechtsbestimmung, steht in naher Beziehung zur abstrakten staatlichen Rechtsbestimmung, zum Gesetz; die staatlich rechtsbestimmende Kraft ist es, was das Urteil mit dem Gesetz gemein hat, aber dem Urteil kommt diese Kraft nur in Abhängigkeit vom Gesetz und bloß in Beschränkung auf den einzelnen Rechtsfall zu;"

Geständnisrecht S. 89/90: „Das civilgerichtliche Urteil hat nicht wie die Privatrechtsgeschäfte die Bestimmung und nicht die Kraft, den bestehenden Privatrechtszustand umzuändern, den eingeklagten Privatrechtsanspruch zur Entstehung zu bringen, oder ihn aufzuheben. Wenn es sich so verhielte, müßte ja angenommen werden, daß das verurteilende Gerichtserkenntnis dem Kläger ein ihm nicht zustehendes Recht *verleihe*, das freisprechende ein ihm gehöriges *entziehe*, also statt das bestehende Recht zu wahren, *eine Ungerechtigkeit* begehe. Das civilgerichtliche Urteil enthält bloß den rechtsverbindlichen Ausspruch der staatlichen Rechtspflegebehörde, daß das eingeklagte Privatrecht *besteht* oder *nicht besteht*, und die Bestimmung der sich hieraus etwa ergebenden Lei-

stungsfolgen. Durch das Urteil wird nur die bis dahin obwaltende Ungewißheit über die Existenz des behaupteten Rechts beseitigt und diesem Recht, je nachdem es vom Gericht als begründet oder als unbegründet befunden wird, der Stempel staatlicher Rechtsgewähr aufgedrückt oder versagt. Die civilgerichtlichen Endurteile sind staatliche Bestätigungen des bestehenden Privatrechtszustandes, rechtsvergewissernde, nicht rechtsverändernde, nicht über das streitige Recht verfügende Handlungen;" —

Busch Z. Bd. 31 S. 265, 266, 270: „Das Civilprozeßinstitut hat zu seinem größten Teile die Bestimmung, mit Hilfe der Staatsgewalt herauszubringen und rechtsmaßgeblich festzustellen, welche Partei Recht hat. Das ist vor dem Prozesse noch ungewiß und bleibt auch, solange der Prozeß schwebt, noch in pendenti."

„Das Civilprozeßinstitut dient zur Herstellung staatlich gewährleisteter konkreter Privatrechtsgewißheit"; „Privatrecht und Civilprozeß stellen erst miteinander eine das Rechtsleben sicher und beständig beherrschende lebensvolle Privatrechtsordnung her." —

Das ist der für Theorie und Praxis wegweisende Standpunkt Bülows: das rechtskräftige Urteil deckt sich mit dem Recht, das ist, . . . und dem, der durch seine Versäumnis um Haus und Hof kommt (Hellwig S. 14), ruft Bülow A. f. c. Pr. Bd. 62 S. 96 zu: „es sei richtig und gerecht geurteilt worden, denn sie, die Partei selber, habe ihr Recht nicht genügend wahrgenommen, sie habe die Möglichkeit eines günstigeren Urteils verwirkt." —

2. Die Kenntnis und das Kennenmüssen von der Rechtshängigkeit muß also auch civilrechtlich der Kenntnis, daß die Sache nicht dem Veräußerer ge-

hört, gleichgestellt werden; es betätigt sich hier derselbe Rechtsgedanke, der in §. 987, 990, 994 die Rechtshängigkeit dem bösen Glauben gleichstellt, weil, wie die Denkschrift zum E. B.G.B. sagt, „nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Anspruchs auf Herausgabe der Sache der Besitzer, — auch wenn er in dem guten Glauben ist, zum Besitze berechtigt zu sein, — mit der Möglichkeit eines ihm ungünstigen Ausganges des Rechtsstreites rechnen und sich deshalb gewissermaßen als Verwalter einer fremden Sache betrachten muß"; —

ebenso muß, wer eine Sache, deren Eigentum im Prozeß streitig ist, mit Kenntnis dieses Rechtsstreits erwirbt, mit der Möglichkeit rechnen, daß der Richter, — welcher feststellt, was Recht ist, — rechtskräftig ausspricht, daß die von ihm erworbene Sache der veräußernden Partei nicht gehört; der Erwerber darf nicht seine eigene Rechtsansicht vorgreifend an die Stelle des zu erwartenden Urteils setzen, — er darf sich nicht sagen, „wie auch immer das Urteil ausfalle, ich bin des guten Glaubens, daß mein Veräußerer der Eigentümer war," — er darf wegen des anhängigen Rechtsstreits dieses guten Glaubens nicht sein; auf der andern Seite genügt guter Glaube hinsichtlich der Rechtshängigkeit nicht, um den Erwerber trotz seines sonstigen bösen Glaubens zum Eigentümer zu machen; diese Ansicht von Stein-Gaupp Bem. IV zu §. 325 C.P.O. wird von Hellwig S. 196 mit Recht bekämpft.

Hellwig S. 193 folgert daraus, daß die Schutzvorschriften zu Gunsten des guten Glaubens nach Abs. 2 §. 325 C.P.O. nur entsprechende Anwendung finden, in negativer Richtung, daß es an einer Vorschrift fehlt, welche direkt darauf hinweist, daß bei der Frage,

ob und in wie weit der Dritte Rechtsnachfolger der Prozeßpartei in Beziehung auf das strittige oder streitig gewesene, nunmehr abgeurteilte Rechtsverhältnis ist, auch die Vorschriften über den Erwerb von Nichtberechtigten zur Anwendung zu kommen haben; dies sei entschieden zu bejahen, denn die Anwendbarkeit jener materiellrechtlichen Vorschriften auf jene materiellrechtliche Frage (daß dem Dritten „selbständige Rechte zur Seite stehen", daß er durch den Mangel im Rechte des Autors nicht berührt werde", bedeute eben, daß er insoweit nicht Rechtsnachfolger der Partei ist, daß er in ihre Rechte nicht eintritt,) sei nirgends ausgeschlossen. —

Und so läßt er, wie eben sub Ziffer 1 dargelegt wurde, die Schutzvorschriften zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbs civilrechtlich und daneben das Kennen oder Kennenmüssen von der Rechtshängigkeit civilprozessual („civilprozessuale Unbestreitbarkeit") für und gegen den Erwerber wirken. —

Ist denn aber der angebliche Rechtssatz, daß dem mit Kenntnis der Rechtshängigkeit erwerbenden Dritten — für und gegen ihn — das Urteil civilprozessual unbestreitbar sei, während im übrigen die Grundsätze des bürgerlichen Rechts unberührt bleiben, — überhaupt noch eine „Vorschrift des bürgerlichen Rechts"? Das soll dieser Rechtssatz nach Hellwig gerade nicht sein, — es ist also eine Vorschrift des bürgerlichen Rechts auch nicht einmal entsprechend angewendet, — sondern es ist aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbs ein einzelnes Glied — das Kennen oder Kennenmüssen — herausgehenkt, — auf eine civilprozessuale Tatsache, die Rechtshängigkeit, angewendet, und daraus ein rein civilprozessualer

Satz geschmiedet; die Auslegung Hellwigs hält also nicht einmal gegenüber dem Gesetzeswortlaut Stand.

Weiter: ein Nichtberechtigter veräußert unentgeltlich an einen sowohl materiell als in Ansehung der Kenntnis von einem zur Zeit der Veräußerung bereits zu Ungunsten des Veräußerers beendeten Rechtsstreit gutgläubigen Erwerber: der Erwerber ist nach Hellwig qua Eigentum Rechtsnachfolger des wahren Eigentümers, qua Verfügung Rechtsnachfolger des veräußernden Nichteigentümers: „hat der Erwerber — meint Hellwig S. 198 — die Auflassung unentgeltlich erlangt, so ist er nach §. 816 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. verpflichtet, dem früheren Eigentümer das durch die Verfügung Erlangte (hier also das Eigentum und den Besitz) herauszugeben; macht das Urteil Rechtskraft gegen den Erwerber, so kann derselbe das frühere Eigentum des Siegers nicht bestreiten, und demnach auch nicht seine Verpflichtung, ihm das Erlangte herauszugeben." —

Daß die in diesen Blättern vertretene Ansicht zu einer andern, für den entgeltlichen wie unentgeltlichen Erwerber einheitlichen Folgerung, zur Ablehnung jeder Rechtskrafterstreckung führt, braucht nicht mehr dargelegt zu werden; aber auch vom Boden Hellwigs selbst aus erheben sich Bedenken.

Denn wie reimt sich das mit der von Hellwig angenommenen doppelten Rechtsnachfolgerschaft? wenn dem Erwerber gesagt wird: „die gegen deinen Veräußerer wirkende Rechtskraft erstreckt sich auf dich, da du qua Verfügung sein Rechtsnachfolger bist," so darf er doch erwidern: „die Rechtskraft gegen meinen Veräußerer ist zugleich Rechtskraft für meinen zweiten Rechtsgänger, den

wahren Eigentümer: diese aber kann mir nichts schaden, da ich gegen den Mangel im Recht des Veräußeres nach B.G.B. eben geschützt bin; mich geht also die Urteilsfeststellung, daß dieser Dritte der wahre Eigentümer war, nichts an, — ebensowenig, wie wenn ich entgeltlich erworben hätte, — also auch nicht für die Frage, wem ich nach §. 816 Abs. 1 Satz 2 zur Herausgabe verpflichtet bin."

Hellwig präzisiert S. 185: „Ist die Wirksamkeit der Verfügung nicht dadurch bedingt, daß der Verfügende der Inhaber des Ursprungsrechts war, so ist es klar, daß auch die Feststellung dieser Nichtberechtigung dem Erwerber nicht zu dem Zwecke entgegengehalten werden kann, um aus ihr die Folge abzuleiten, daß die Verfügung die ihr nach ihrem Inhalte zukommende Wirkung zu Gunsten des Erwerbers nicht habe ausüben können": also — folgert Hellwig — trotz des vorgängigen Urteils ist der unentgeltliche Erwerber zwar Eigentümer geworden, — aber, ob und wem er dies Eigentum nach §. 816 Abs. 1 Satz 2 herauszugeben hat, dafür macht das vorgängige Urteil gegen den Erwerber Rechtskraft.

Diese Unterscheidung dürfte unmöglich sein: dann wäre der gutgläubige unentgeltliche Erwerber durch einen Mangel im Recht seines Autors doch berührt, — er hätte doch kein selbständiges Recht erworben: denn die Selbständigkeit des kraft des guten Glaubens erworbenen Eigentums muß sich doch nicht nur in dem Erworben-Haben, sondern auch in dem Behalten-Dürfen bewähren, — also recht eigentlich darin, daß der frühere Eigentümer dem Erwerber selbst gegenüber

auszufechten hat, ob die Voraussetzungen des §. 816 Abs. 1 Satz 2 gegeben sind. —

Und ist nicht jene Auffassung Hellwigs, der zufolge zwar der entgeltliche gutgläubige Erwerber frei von jeder Rechtskrafterstreckung erwirbt, der unentgeltliche gutgläubige Erwerber aber der Rechtskrafterstreckung unterliegt, — im Grunde eine Abänderung der mühsam zu Stande gekommenen Vorschrift des bürgerlichen Rechts, der zufolge der gute Glaube des unentgeltlichen Erwerbers denselben Schutz genießt, wie der gute Glaube des entgeltlichen Erwerbers?

Das Eigentum des unentgeltlichen Erwerbers wäre nicht ein freigeborener Vogel, sondern es schleppte ein Stückchen des Fadens nach. —

3. Es besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, daß schon das bisherige Recht, — nämlich der durch Präjudicien, soweit ich sehe, nicht weiter klar gelegte §. 238 C.P.O. alt, — den Sinn haben sollte, es sei die Kenntnis von der Rechtshängigkeit der Kenntnis des materiellen Rechtsmangels gleich zu stellen. —

Wenigstens bemerken Mot. Bd. 3 S. 217 auf dem Boden des alten Rechtes: „Eine gesetzliche Verfügungsbeschränkung kann ferner durch die Rechtshängigkeit begründet werden, wenn ein eingetragenes Recht den Gegenstand oder die Voraussetzung der Klage gegen den Berechtigten bezw. denjenigen bildet, welchem das Recht in dem Grundbuche zugeschrieben ist. Der Beklagte wird durch die Rechtshängigkeit nach C.P.O. §. 236 (alt.) zwar nicht an der Veräußerung des Streitgegenstandes gehindert, wohl aber in der Verfügung über denselben insofern beschränkt, als er die Veräußerung nur so vornehmen darf, daß das gegen ihn ergehende Urteil in Ansehung

der Sache selbst auch gegen den Sondernachfolger wirksam und vollstreckbar ist. Diese Verfügungsbeschränkung entbehrt jedoch zufolge §. 238 C.P.O. (alt.) kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs der Wirksamkeit, wenn die Rechtshängigkeit dem Sondernachfolger bei der Erwerbung nicht bekannt gewesen ist, wobei nichts darauf ankommt, ob der Rechtsstreit nur über den Umfang eines eingetragenen Rechtes oder über das Bestehen eines nicht eingetragenen Rechts geführt wird."

Mit dieser Auffassung steht sehr wohl im Einklang sowohl der Wortlaut des §. 238 C.P.O. alt.: „insoweit nicht zur Anwendung, als . . . entgegenstehen" als auch der Satz der Motive dazu: „Soweit es nach diesen Vorschriften für den rechtsgültigen wirksamen Erwerb beweglicher oder unbeweglicher Sachen auf einen Mangel in dem Recht des Autors nicht ankommt, kann dem Erwerber auch der Umstand nicht entgegenstehen, daß der veräußerte Gegenstand oder der cedierte Anspruch im Streite befangen war," und von dieser Auffassung ist es wohl verständlich, daß in der I. Kommission (Hellwig S. 192) der Redaktion überlassen bleiben sollte, ob die Fassung „die Vorschriften, welche zu Gunsten derjenigen bestehen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, bleiben unberührt" oder die Fassung „finden entsprechende Anwendung" zu wählen sei. —

4. Mit der Ablehnung des Begriffes der „Verfügungsmacht" fällt der Versuch Hellwigs, S. 483/488, den Absatz 2 des §. 325 C.P.O. auch auf den Satz 1 des Abs. 1 zu beziehen, derart, daß der die Rechtskraft beschränkende Satz 1 („das rechtskräftige Urteil wirkt für und gegen die Parteien") eine Erweiterung auf Rechts-

nachfolger, die es vor der Rechtshängigkeit geworden sind und auf sonstige dritte Personen erfahren solle, und das Prinzip Hellwigs L. S. 361, daß der fortdauernden Verfügungsmacht die Prozeßführungsmacht entspricht, — in sich zusammen, und es erscheint die Bemühung, aus diesem Prinzip die §§. 2365/2368, 2370, 1507 zu ergänzen — Rechtskraft S. 458/476, Lehrbuch S. 360/363 — als eine unfundierte; daß eine solche Ergänzung auf das Gebiet der Prozeßführung hinaus, — welche, wenn sie Jove abnuente überhaupt versucht werden will, richtiger Weise nicht an die angebliche Verfügungsmacht, sondern an die Tragweite des guten Glaubens anzuknüpfen hätte, — ihre warnenden Untiefen hat, beweist allein schon der Umstand, daß Hellwig selbst S. 468 als unsicher bezeichnet, ob beim Prozeß des legitimierten Scheinerben bereits der Prozeßbeginn Wirkung gegen den Erben hat, wenn der Gegner bei Eintritt der Rechtshängigkeit in gutem Glauben war: Hellwig bejaht diese Frage mittels analoger Anwendung der für analoge Fälle gegebenen Vorschriften!!, — während die entsprechende positive Bestimmung in §. 407 Abs. 2 erst von der II. Kommission beschlossen worden ist. —

zu Heft II:

Professor Dr. Oertmann, Berlin im **Archiv für bürgerliches Recht** Bd. 21, Heft 1:

Dogmatisch viel bedeutender ist die Studie von Romeick, mit der er dem in der vorigen Rundschau angezeigten Heftchen (s. Bd. 20 S. 79 Nr. 46) ein weiteres folgen läßt. Diese Arbeit bietet viele Vorzüge, ihre Selbständigkeit, Gedankenschärfe, Energie in der Polemik wird auch der rühmen, den die Ideen des Verfassers nur zum Teil überzeugen können.

Landgerichtspräsident Dr. Dorner in **„Badische Rechtspraxis"** 1902 Nr. 12:

Verfasser erörtert die rechtliche Natur der in §. 556 Abs. 3 und §. 604 Abs. 4 B.G.B. gegen Dritte gewährten Ansprüche und des in §§. 571 ff. B.G.B. vorgesehenen Eintritts des dritten Grundstückserwerbers in das bestehende Mietverhältnis. Nach eingehender Widerlegung der seitherigen Erklärungsversuche stellt er seinerseits die genannten Fälle unter den Gesichtspunkt einer abgeleiteten Schuld; diese wird aufgefaßt als eine — der actio quod metus causa in ihrer Richtung gegen den Drittbesitzer ähnliche — eigene ursprüngliche Verpflichtung des Dritten, somit nicht als Succession in das primäre Schuldverhältnis, das für sie nur die Bedeutung eines Tatbestandsmerkmals hat und mit ihr demselben Rechtszwecke dient; zu §§. 571 ff. wird insbesondere die Auffassung, derzufolge der veräußernde Vermieter nicht aufhören soll, Subjekt der Mietobligation zu sein (Hellwig), wie nicht minder die Annahme einer Zustandsobligation (Schollmeyer), abgelehnt. Monographische Bearbeitungen wie die vorliegende sind gerade das, was jetzt zur Förderung der Erkenntnis des neuen Rechts Not tut. Die von reicher praktischer Erfahrung und von treffendem Urteil zeugenden Untersuchungen verdienen gleich wie diejenigen des ersten Heftes (Bad.R.Prax. 1901 S. 263) vermöge der klaren Darstellung und der folgerichtigen Entwicklung, die sie auszeichnet, in Theorie und Praxis volle Beachtung.

Dr. Nöldeke in **Busch, Zeitschrift für deutschen Civilprozeß** Bd. 30. S. 258, 261:

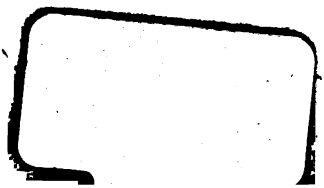
„In diesem zweiten Hefte setzt der Verfasser die Serie seiner interessanten und scharfsinnigen Betrachtungen über einzelne Materien und Begriffe des B.G.B. fort. . . . Es sind sehr interessante Gesichtspunkte, von denen der Verfasser das B.G.B. betrachtet, und man darf der in Aussicht gestellten Fortsetzung seiner Erörterungen mit Interesse entgegensehen. —

zu Heft I u. II:

Wirkl. Geh. Oberjustizrat, Oberlandesgerichtspräsident Dr. Eccius, Kassel, in **Gruchots Beiträge** Bd. 48 (1904) S. 165:

Der erste von den beiden unter der Gesamtüberschrift: Zur Technik des B.G.B. veröffentlichten Aufsätzen ist bereits in einem früheren Hefte der Beiträge unter den kurzen Anzeigen erwähnt. Er enthält eine eingehend

scharfsinnige Besprechung der Fälle, in denen das B.G.B. der privaten Bestimmung einer Frist die Kraft gibt, Rechtsverhältnisse umzugestalten. Die Streitfragen, welche sich auf diesem Gebiet in großer Zahl erhoben haben, werden eingehend erörtert. Die Begründung des Verfassers enthält eine große Zahl selbständiger Gedanken, die sowohl Scharfsinn wie praktischen Blick erkennen lassen. Zu weiterem Bedauern hat der Verfasser zu der Frage keine Stellung genommen, ob in den Fällen, in denen der Steller der Frist die Bestimmung derselben dem Richter überläßt, C.P.O. §. 255, der Prozeß notwendig mit dem wegen der erteilten Frist niemals vollstreckbaren Urteil auf Leistung endigen muß, oder ob der Kläger verlangen kann, daß in demselben Urteil ihm zugleich das zugesprochen oder das festgestellt werde, was er an Stelle der durch die Fristsetzung als erzwingbaren Anspruch aufgegebenen und dem Schuldner nur noch während der Frist in solutione gelassenen Leistung nach Ablauf der Frist erzwingbar fordern will.

Wie das erste, so enthält das zweite Heft sehr beachtenswerte wissenschaftliche Anregungen. Anknüpfend daran, daß nach der Auffassung des Verfassers die römische actio quod metus causa nicht auf eine Restitutionspflicht, die das dem Gezwungenen entwundene Vermögensstück belastet, sondern darauf hinausgeht, daß jeder, der aus der Zwangshandlung irgend Gewinn gezogen hat (ex hac re lucrum sensisse videatur), dem Gezwungenen obligatorisch verpflichtet ist, anknüpfend an diese Auffassung glaubt der Verfasser Ansprüche mannigfacher Art, die das bürgerliche Recht regelt, als gleichartig unter eine Kategorie zusammenfassen zu sollen, die er als abgeleitete Ansprüche bezeichnet. So erscheint dem Verfasser der Anspruch des Vermieters oder Leihers gegen denjenigen, welchem die Sache weiter vermietet oder weiter geliehen ist (§§. 556 Abs. 3, 601 Abs. 4), nicht als ein dinglicher. Aus dem Miet- oder Leihvertrag entspringend, geht er vielmehr als obligatorischer Anspruch „auch" gegen den Untermieter oder Unterleiher. Die rein obligatorische — vom Nochhaben der Sache unabhängige — Rückgabepflicht gründet sich hier neben dem primären Verhältnisse der ursprünglichen Kontrahenten auf eine „Berührung des dritten mit dem Endzweck dieses Verhältnisses," die zur Vereitelung dieses Endzwecks führen würde, wenn das Gesetz hier nicht eine weitere Verbindlichkeit begründete, eine Verbindlichkeit, die den ursprünglichen Rückforderungsanspruch zur Durchführung zu bringen bestimmt ist.

In markantester Weise findet der Verf. seine Konstruktion der „abgeleiteten Schuld" in den §§. 571—579 des B.G.B. ausgestaltet, da hier ein vollständiges Schuldverhältnis nach der aktiven und passiven Seite in Ableitung zu erkennen sei. Die Pflicht des dritten Erwerbers eines Grundstücks aus dem Mietvertrag, auf Grund dessen der Veräußerer das Mietobjekt dem Mieter überläßt, oder das der Erwerber im Vertrage mit dem Veräußerer zu erfüllen übernommen hat, ist dem Verf. eine selbständige. Er allein haftet aus dem Mietvertrage, der Veräußerer nur noch wie ein Bürge. Seine Verbindlichkeit läßt sich nicht auf eine Succession zurückführen und sie klebt nicht aus seinem Verhältnisse zur Sache, ist nicht auf dem Grundstücke dinglich radizirt. Der Verf. beleuchtet alle abweichenden Konstruktionen des näheren mit dem Ergebnis ihrer Ausschließung und begründet damit seine Konstruktion der abgeleiteten Haftung, die er im weiteren Fortgange seiner Forschungen auf anderem Gebiete verfolgen will. Die Ausführungen des Verf. sind in hohem Maße anregend und, wie mir scheint, fruchtbar. Sie erheben sich erheblich über den Durchschnitt der Untersuchungen auf dem Boden des neuen Rechts.